REPUBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL
BIBLIOTECA

ANALES
DEL
CONSEJO DE ESTADO

TOMO CXXVII
SEGUNDA PARTE

ABRIL - MAYO- JUNIO

1 9 9 2

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJEROS Y DIGNATARIOS

SEGUNDO TRIMESTRE DE 1992

Presidente
Alvaro Lecompte Luna

Vicepresidente
Clara Forero de Castro

Secretaria General
Nubia González Cerón

SECCION PRIMERA

Ernesto Rafael Ariza Muñoz
Presidente

Yesid Rojas Serrano
Miguel González Rodríguez
Libardo Rodríguez Rodríguez

Victor M. Villaquirán (Hasta abril 19)
Secretario
Katerine Karakalpakis Calderón (Desde abril 20)
Secretaria

SECCION SEGUNDA

Joaquín Barreto Ruiz
Presidente

Clara Forero de Castro
Dolly Pedraza de Arenas
Alvaro Lecompte Luna
Reynaldo Arciniegas Baedecker
Diego Younes Moreno

Eneida Wadnipar Ramos
Secretaria

SECCION TERCERA

Daniel Suárez Hernández
Presidente

Carlos Betancur Jaramillo
Juan de Dios Montes Hernández
Julio César Uribe Acosta

Ruth Stella Palacios Correa
Secretaria

SECCION CUARTA

Consuelo Sarria Olcos
Presidenta

Jaime Abella Zárate
Guillermo Chaín Lizcano
Carmelo Martínez Conn

Jorge A. Torrado Torrado
Secretario

SECCION QUINTA

Luis Eduardo Jaramillo Mejía
Presidente

Miren de la Lombana de Magyaroff
Amado Gutierrez Velásquez
Jorge Penen Deltieure

Octavio Galindo Carrillo
Secretario

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Jaime Betancur Cuartas
Presidente

Javier Henao Hidrón
Humberto Mora Osejo
Jaime Paredes Tamayo

Elizabeth Castro Reyes
Secretaria

FISCALIAS

1a. Libia Zulua Uribe
2a. Edne Cohen Daza
3a. Jaime Ossa Arbeláez
4a. Jairo Maya Betancourt
5a. Maria Eugenia Samper Rodríguez
6a. Margarita Olaya de Obando
7a. Gloria Aldas Gracia (E)
8a. Luz Stella Pena de Méndez
9a. Inés Hurtado Cubides
10a. Fernando Ospina Henao

RELATORES

María del Pilar Espinosa Salazar
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

FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO/ FALLA EN LA ELECCION/ FALLA EN LA VIGILANCIA/ CULPA PERSONAL DEL AGENTE-Inexistencia

Se dio la falla del servicio no tanto por los hechos que dieran lugar a la investigación del delito de hurto y secuestro, que bien pueden ubicarse dentro de la falta personal, pero si por la especial circunstancia de que el agente tenía antecedentes graves, antes de cometer este último ilícito, todos ellos demostrativos de una falla en la elección y en la vigilancia. Los integrantes de la fuerza pública con sanciones y antecedentes, como los que se dejaron relacionados, no deben permanecer ni en el ejército, ni en la policía, ni en ningún cuerpo de seguridad de la Nación. La falta personal no está desprovista de todo vínculo con el servicio. Habiendo vivenciado el mal comportamiento de su agente, lo retuvo en la institución, conducta con la cual creó también un riesgo de falta personal. La falla en la elección una vez vivenciada y no enmendada, tiene más universo de antijuricidad que la original (la elección), pues es demostrativa de torpeza y mala administración.

PERJUICIOS MORALES

La Sala condenará al pago de perjuicios morales por quinientos gramos de oro fino, pues resulta incuestionable que el tratamiento que recibieron, de parte de la banda dirigida por el sargento del ejército, fue vejatorio de su dignidad como personas, y produjo en todos ellos un dolor moral al verse atacados e inicialmente lesionados en su patrimonio.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Tercera.- Santafé de Bogotá D.C., abril dos (2) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta*

Referencia: Expediente Nº 5645

Actor: Pedro León Muñoz y otros, Demandado: La Nación-Ministerio de Defensa.

- I -

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que visite la actuación, procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el dia ocho (8) de abril de mil novecientos ochenta y ocho (1988), que denegó las suplicas 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 dicurre dentro del siguiente universo:

"Los señores Pedro León Muñoz Carreño, Ricardo Alfonso Pérez Sandoval y Manuel Antonio Roa Parroquiano, mediante apoderado en ejercicio de la acción de Reparación directa y cumplimiento, consagrada en el Artículo 86 del Decreto 01 de 1984, demanda ante esta corporación, solicitando las siguientes,

DECLARACIONES:

"1a.- Que la Nación (Mindefensa) es responsable de la totalidad de los daños y perjuicios por los hechos delictuosos que cometiera el Sargento Segundo del Ejercito Nacional, Roberto Rivera Vargas, en las circunstancias de tiempo, domo (sic) y lugar, que se describían en su momento oportuno.

"2a.- Que se concede a la Nación (Mindefensa) a pagar a Pedro León Muñoz Carreño, Ricardo Alfonso Pérez Sandoval y Manuel Antonio Roa Parroquiano la suma de seis millones de pesos ($6'000.000.oo) m.c., por concepto de perjuicios materiales objetivados en el lucro cesante y el daño emergente, más los intereses compensatorios de esta suma desde la fecha en que el daño se produjo hasta el pago de la indemnización se verifique.

"3a.- Que obviamente, los daños y perjuicios materiales deberán ser actualizados teniendo en cuenta el incremento del costo de la vida.

"4a.- Que se condene a la nación (Mindefensa) a pagar a los señores Pedro León Muñoz Carreño, Ricardo Alfonso Pérez Sandoval, y Manuel Antonio Roa Parroquiano, lo que valga un mil gramos de oro en la fecha del fallo a cada uno de ellos, como compensación de los perjuicios morales.

"5a.- Que la Nación (Mindefensa) dé cumplimiento a la sentencia en los términos del Art. 176 del C.C.A., que sustituyó al artículo 121 del Antiguo Código". (Fis. 2 a 3- 1er cuad.).

HECHOS:

Los relata así:

"PRIMERO: El día 23 de julio de 1981, aproximadamente a eso de las cinco de la tarde, se presentaron en las oficinas del señor Pedro León Carreño, situadas en la carrera 15 N° 62-15 de ésta ciudad, seis individuos armados de revólveres, pistolas y ametralladoras, los cuales después de haberse identificado como miembros del F-2 y el B-2 de los Institutos Militares, respectivamente, les manifestaron a los presentes, señores Pedro León Muñoz Carreño, Manuel Antonio Roa Parroquiano, Ricardo Alfonso Pérez Sandoval, Víctor Manuel Bejarano Gutiérrez, Rocío Gutiérrez Mazabel - Secretaria de la Oficina- y al celador Rafael Acosta Beltrán, que se trataba de un dispositivo ordenado por la Brigada de Institutos Militares para llevar a cabo un allanamiento en el citado inmueble. El personal de la supuesta operación se colocó estrategicamente dentro de tales instalaciones y uno de esos individuos se hizo a la entrada de las oficinas para impedir el acceso o salida de aquellos.

"SEGUNDO: Tanto mis representados, como los demás que se encontraban allí, y ante el anuncio de que eran objeto de un allanamiento por parte de autoridades competentes, no se opusieron a la diligencia, y por el contrario, mostraron voluntad en colaborar. Así las cosas, los fingidos agentes secretos comandados por el Sargento Segundo del Ejército Nacional, adscrito a la Escuela de Artillería, Roberto Rivera Vargas, cuya identidad se logró establecer a la postre, se dieron a la tarea de requisar a cada una de las personas mencionadas, apropiándose del arma del señor Manuel Antonio Roa Parroquiano, otro de mis mandantes. Mientras este hecho sucedía, el Suboficial Rivera Vargas advertía severamente al personal sometido a este procedimiento, que se consideraba militar, de que no presentase ninguna resistencia y se acomodara a las circunstancias, a fin de no verse obligados a tener que emplear las armas ante cualquier brote tendiente a impedir la práctica de la diligencia ordenada por los miembros de las Fuerzas Militares.

"TERCERO: Ya cerciorado el pretendido "comandante Rivera" de que los civiles que ocupaban las oficinas referidas habían sido sometidos a una total indefensión, le ordenó a don Pedro León que abriera la caja fuerte, cosa que mi procurado acotó, y fue así como se produjo la sustracción de los siguientes objetos y documentos: todas las joyas, consistentes en anillos de oro de 16 kilates, relojes de pulso, La documentación referente a la Sociedad MUÑOZ Y COMPAÑIA y tres cheques por valor de UN MILLON OCHOCIENTOS MIL PESOS ($1'800'000'oo) M/CTE.

"CUARTO: Una vez que el supuesto "comandante Rivera", en asocio de sus secuaces, hizo esta operación contra el patrimonio económico privado, dispuso una nueva requisa en la casa del señor Muñoz Carreño, situada en la calle 57 N° 34-61, empleado (sic) para tal recorrido una motocicleta de color rojo, conducida por el Suboficial y llevándose para la práctica de esta otra "diligencia" a otro de sus "agentes secretos". Después de haber desposeido al SECUESTRADO, señor

Muñoz Carreño, de su reloj, anillo y demás efectos (sic) personales, se le informó por sus captores que se trataba de un "atraco" y, asimismo, que lo advertían de que se quedara callado porque si ellos se enteraban de que había puesto el denuncio, ya sabían dónde vivía y que volverían a matarlo.

"QUINTO.- En este orden de ideas, y mientras que el Sargento Rivera Vargas con otro de sus compiches registraba la residencia del señor Muñoz Carreño, los cuatro "detectives" restantes del grupo permanecían en las oficinas continuando de inspeccionar los archivadores y escritorios, cuya labor concluyeron con la exigencia de la entrega, por parte de mi Representado Ricardo Alfonso Pérez, también de sus efectos (sic) personales y joyas, lo mismo que del despojo de otros valores pertenecientes al señor Roa Parroquiano.

"Así, pues, el señor Ricardo Alfonso Pérez fue víctima del hurto calificado y agravado de su anillo con diamante de 3.35 kilates y de su reloj de oro de 18 kilates, marca juvenia, cuyo valor asciende a la suma de un millón de pesos. De igual modo, el señor Roa Parroquiano recibió perjuicios materiales a consecuencia de dicha acción ilícita, por la cantidad de un millón doscientos mil pesos m.c., representada en su revólver marca Smith & Esson (sic), calibre 32 largo, número 3741311 y amparado con el salvoconducto número 2.951.106 del Ministerio de Defensa Nacional, de que di cuenta anteriormente, y de su anillo con oro de 18 kilates, que tiene una corona de diamantes y una esmeralda de acuerdo con los datos que arrojan las diligencias penales.

"Por manera que, los daños materiales, ascienden a $7.000.000.oo m.c., descompuesto así: Con relación a mi poderante Pedro León Muñoz la suma de $4.800.000.oo; respecto de mi representado Ricardo Alfonso Pérez $1.000.000.oo; y referente a mi mandante Manuel Antonio Roa Parroquiano la cantidad de $1.200.000.oo m.c.

"SEXTO: Concluido todo este episodio, los cuatro maleantes abandonaron las oficinas de don Pedro León, habiéndose desplazado en las mismas motocicletas en que se hicieron presentes en el lugar, mientras los otros dos se daban a la tarea de abandonar en sitio cercano a dichas oficinas al señor Pedro León Muñoz.

"SEPTIMO: Se detectó - a la postre- por unidades de la DIPEC, que en el Banco de los Trabajadores de la carrera 13 con calle 27 sur de esta ciudad se le había abierto una cuenta corriente a uno de los antisociales y que para su apertura se presentaron los cheques, materia de las ilicitudes investigadas, siendo el titular de la mencionada cuenta Luis Enrique Blanco Fuentes, quien corresponde al nombre de José Heriberto Cardona Marín. Igualmente fueron aprehendidos dentro de la misma Institución bancaria, el citado Heriberto Cardona (a. Luis Enrique Blanco Fuentes) y el Sargento Segundo del Ejército Nacional Roberto Rivera Vargas, así como Bernabé Murillo Rengifo quien estaba a la expectativa junto a tales instalaciones.

"OCTAVO: Como secuela del operativo antedicho, y que surgió a raíz de la denuncia formulada por el señor Victor Manuel Bejarano Gutiérrez ante la Policía Judicial, fueron capturados los delincuentes, como ya lo expuse, y los investigadores de dicho estamento secreto obtuvieron las confesiones de Bernabé Murillo Rengifo, José Heriberto Cardona Marín y del Sargento Segundo del Ejército Nacional Roberto Rivera Vargas a través de las respectivas exposiciones.

"Así mismo, los funcionarios del DIPEC., y con la base en las facultades legales otorgadas por las normas de Procedimiento Penal, llevaron a cabo las diligencias de reconocimiento en fila de personas, con resultados positivos, siendo identificados como miembros de la banda que comandaba el Sargento 2° del Ejército Roberto Rivera Vargas, Heriberto Cardona Marín y Bernabé Murillo rengifo, por los testigos Gustavo Triana Cabrera y Victor M. Bejarano Gutierrez.

"De otra parte, entre las diligencias practicadas por las unidades de la DIPEC!, se hallan las exposiciones que rindió bajo juramento el señor Victor Manuel Bejarano, y donde hace un relato más amplio como ocurrieron los hechos, y las actas de incautación de las motocicletas utilizadas en las operaciones delictuosas, encontradas en poder del Sargento 2° Rivera Vargas y Bernabé Murillo.

"Abierta la correspondiente investigación penal por el Juzgado 54 de Instrucción Criminal, se recaudó la plena prueba en contra de la (sic) cuadrilla de maleantes dirigida por el Sargento Segundo del Ejército Nacional Roberto Rivera Vargas. Inicialmente la Justicia Penal Militar por conducto de la Escuela de Artillería, y por estar el país en Estado de Sitio, conoció de las diligencias contra el Suboficial mencionado y las cuales pasaron, con el levantamiento de ese Estado de Sitio, a la jurisdicción ordinaria. Actualmente el proceso que tiene el N° 15254 se halla en el Juzgado 21 Penal del Circuito de Bogotá, conociendo de Secuestro y otras ilicitudes atribuidas al Sargento 2° Rivera Vargas. Con relación al resto de la banda, y por tratarse de particulares, el Juzgado 8°. Superior de Bogotá los condenó dentro del proceso N° 7495". (Fis. 3 a 6 -1er. cuad.).

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION:

"Cita las siguientes:

"- Artículos 2, 16, 20, 23, 51, 55, 58 y concondartes de la Constitución Nacional.

"- Ley 74 de 1968, incorporó a nuestro ordenamiento jurídico el Pacto Internacional de "Derechos Civiles Políticos de la ONU.

" Ley 16 de 1972, que aprobó para nuestra legislación la Convención Americana de los Derechos Humanos.

"- Artículos 268, 227, 350 y 351 del Código Penal.

"- Artículo 2341, siguientes y concordantes del Código Civil.

"- Artículo 86 y concordantes del Código Contencioso Administrativo.
"El concepto de la violación se encuentra a folios 7 a 11 del expediente.

" El Ministerio de Defensa Nacional, se constituyó como parte, mediante apoderada, a quien se le reconoció Personería en legal forma.

ALEGATO CONCLUSION:

"Fueron presentadas oportunamente por las partes y se encuentran visibles a folios 59 a 77 del expediente.

CONCEPTO DEL SEÑOR FISCAL 4° DE LA CORPORACION DOCTOR TARSICIO CACERES TORO.

"La vista fiscal es adversa a las peticiones de la demanda, la cual se transcribirá más adelante.

"No habiendo causal de nulidad que pueda invalidar la actuación, seguidamente procede la Sala a emitir sentencia, previas las siguientes.

CONSIDERACIONES:

"Se pretende en la presente contención que se declare responsable al MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL de los daños y perjuicios sufridos por los actores como censecuencia de los hechos delictuosos que cometiera el Sargento Segundo del Ejército Nacional en los bienes de dichas personas.

"Da cuenta la demanda que el 23 de Julio de 1981 aproximadamente a las 5 p.m., se presentaron en las oficinas del señor Pedro León Muñoz Carreño, situadas en la carrera 15 N° 62-15 de la ciudad de Bogotá, 6 individuos armados aduciendo que se trataba de un dispositivo militar ordenado por la Brigada de Institutos Militares para llevar a cabo un allanamiento al citado inmueble y una vez hecha una requisa a los presentes procedieron a la sustracción de joyas, anillos de oro de 16 kilates, relojes de pulso, la documentación referente a la Sociedad Muñoz y Cía. y tres cheques por valor de un millón ochocientos mil pesos Moneda Corriente ($1.800.000.oo M/CTE.).

"Posteriormente los antisociales, personas no vinculadas al Ejército, comandadas por el único militar que hizo parte de estos hechos se dirigieron a la casa del señor Muñoz Carreño (secuestrado), situada en la calle 57 N° 34-61, al mencionado señor Muñoz le quitaron el reloj, etc., y luego le informaron que se trataba de un atraco. Mientras el Sargento Rivera registraba la residencia mencionada, las cuatro personas restantes permanecían en las oficinas. Como consecuencia de estos hechos los demandantes sufrieron daños materiales que ascienden a la suma de $7.000.000.oo.

"Consta en autos, que Rivera Vargas Roberto, pertenecía y se encontraba en servicio activo (fl. 92-2°. cuad) en el Ejército Nacional, Escuela de Artillería, para la época que dan cuenta los hechos de la demanda (fls. 4 a 7-2° cuad). Hay una anotación que dice "la Resolución N°00258 del 21 de Agosto, lo suspendió en el ejercicio de funciones y atribuciones, por haber sido sindicado de los delitos de hurto calificado y secuestro simple".

"La justicia conoció de estos hechos delictuosos y es así como condenó a José Heriberto Cardona M. y Bernabé Murillo Rengifo (Juzgado Octavo Superior del Distrito Judicial de Bogotá) (Fl 49), civiles involucrados en los hechos que da cuenta la demanda. La sentencia fue confirmada, según consta en autos por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal en fecha Noviembre 19 de 1984. A los folios 68 y siguientes con fecha Agosto 8 de 1981, está la providencia del Juzgado Ciento Catorce del Tribunal Penal Militar (T.P.M.) donde se decreta la detención preventiva del Sargento 2° del Ejército Nacional Roberto Rivera Vargas y la fiscalía al emitir su concepto, solicita sea llamado al sindicado a responder en Consejo Verbal de Guerra por los cargos de hurto calificado y secuestro simple (Fls. 96 y siguientes -2° cuad). En este momento procesal no se sabe cuál fue la sentencia del miembro del Ejército, ya que sólo hay una constancia que pasó a la justicia ordinaria (Fl 62).

"Ha sido jurisprudencia constante que para que se dé la responsabilidad del Estado por falla del servicio, se deben probar debidamente los tres (3) elementos constitutivos de la misma, que procede seguidamente la Sala a su estudio.

HECHO GENERADOR DE LA FALTA O FALLA DEL SERVICIO:

"Como se señaló anteriormente, el sub-oficial era miembro del grupo de personas que cometieron hechos punibles, estaba vinculado al Ejército Nacional y para el día "23 de julio de 1981, se encontraban en servicio activo del Ejército y permenecían organicamente a la Escuela de Artillería". (Fl 19).

"No existe prueba o constancia, qué clase de servicios prestaba en dicha institución el miembro del Ejército Nacional el día de los hechos, ni hay ninguna otra prueba al respecto.

"El delito cometido por los particulares más no por el miembro del Ejército Nacional, se probó, como bien lo sostiene el señor Fiscal de la corporación, Dr. Cáceres:

> "EL DELITO a que hace referencia esta controversia se encuentra probado a través de las Sentencias de Nov. 29 de 1983 del Juzgado 8° Superior de Bogotá (Fls. 38 a 50 y 51 a 61 del anexo) en donde se reconoce la participación de los 'particulares que allí fueron juzgados. Se agrega que tales providencias se precisan los bienes hurtados y se habla de la '*recuperación*'' de los mismos (Fl 39 del anexo-Sentencia, Resultados, Literal c) y de la Constitución de PARTE CIVIL que dió lugar a la condena de los particulares, a pagar la

INDEMNIZACION POR LOS PERJUICIOS MORALES Y MATERIALES causados por los actos dolosos (Fl. 50 del anexo-Sentencia)."

"Vale la pena denotar que las pruebas que se trajeron a lo autos relacionadas con las declaraciones llevadas a cabo ante el Juzgado Octavo Superior, respecto de los particulares implicados en los ilícitos, señores JOSE HERIBERTO CARDONA y BERNABE MURILLO, no reúnen los requisitos establecidos en el Art. 185 del Código de Procedimiento Civil, para tenerlas como pruebas en este plenario, por cuanto no llenan las condiciones de la publicidad y contradicción exigidos por cuanto las pruebas no se practicaron a solicitud de la parte demandada, ni con concurrencia de ella ya que fueron particulares los sindicados y no fueron ratificados en este proceso a pesar de que los individuos señalados fueron condenados por sentencia del Juzgado Superior (Fl. 49) y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal de fecha Noviembre 19 de 1984, como anotó anteriormente. En lo relacionado con Vargas, aparece al folio 68, 2° cuaderno la providencia del Juzgado Ciento Catorce Institución Penal Militar de la Brigada de Institutos Militares en la que se ordena "Decretar la detención preventiva del Sargento Segundo del Ejército Nacional Roberto Rivera Vargas, de anotaciones personales y militares conocidas en autos sindicado de los delitos de hurto calificado y secuestro simple". Al folio 74 se encuentra un informe de lla DIPEC que dice:

"Los elementos anteriormente relacionados, la Pistola 9 m.m. y la moto que fueron decomisados al Sargento Segundo Roberto Rivera Vargas, El dia 28 de julio del corriente año, en el momento de ser retenido en la carrera 13 con calle 27 sur, junto con JOSE HERIBERTO CARDONA MARIN Y BERNABE MURILLO RENGIFO, por encontrarse involucrados en la investigación que este grupo adelantó, por el delito de HURTO CALIFICADO, según denuncia N° 5100 de la Unidad de Policía Judicial de la calle 40. En igual forma la pistola No 691324, sin marca, le fueron decomisadas junto con los demás elementos materia del ilícito". (fl. 74 2° cuad.).

"Este documento da cuenta de los elementos decomisados pero no hace ninguna claridad sobre las armas decomisadas así como sobre la moto sinson (sic) de dotación exclusiva de las Fuerzas Armadas o no.

"Al folio 75 del cuaderno segundo aparece un documento que parece ser la denuncia pero, está en forma ilegible. Al folio 77 ibídem se observa un recibo de arma de fuego decomisada a Roberto Rivera Vargas. A folios 78 y siguientes del mismo cuaderno aparecen las declaraciones de algunos testigos surtidas ante el Juzgado Ciento Catorce de Instrucción Penal Militar. Se encuentra el folio 78 la del señor Víctor M. Bejarano socio de la firma Pedro Muñoz, que da cuenta de los hechos al señalar que se encontraba en las oficinas del citado señor y llegaron esos individuos indicando que se trataba de un operativo del B-2 y del F-2 y así comenzó la realización de los ilícitos (fl. 78). La deponente Alba R. Gutiérrez manifestó en su declaración ante el mismo Juzgado que los que encontraron pertenencían al B-2. La anterior declarante era la Secretaria de la oficina del demandante en este

proceso. Al folio 82 del cuaderno 2 se encuentra la diligencia de reconocimiento de rueda de presos surtida en el Juzgado de Instrucción Penal Militar. Igualmente al folio 84 aparece la declaración del señor Pedro León Muñoz Carreño, donde señala más o menos los hechos de la demanda, en los numerales 2.2.3 y 5° así como reafirma lo anterior. En el mismo sentido declaró el señor Ricardo Pérez quien estaba presente en la oficina.

"La Sala tomará las anteriores declaraciones como prueba de la ocurrencia del hecho, pero a pesar de probado éste, por sí solo no conlleva la falta o falla de la Adminstración. En efecto, no se trajo a los autos ninguna prueba tendiente a demostrar que los acontecimientos que dan cuenta la demanda se hicieron en conexión con el servicio en el sentido de probar la actuación positiva o negativa de los funcionarios y/o de la Administración, en la prestación del servicio lo que conllevaría la existencia de la falta o falla.

"Es cierto que un miembro del Ejército cometió un ilícito y que fue suspendido del ejercicio de sus funciones y atribuciones mediante Resolución N° 00258 del 21 de Agosto de 1981 (fl. 13), pero no siempre la prueba de este hecho conlleva la de la responsabilidad estatal. Para que ésta se dé, debe acreditarse, se repite, mediante pruebas idóneas la falta o falla de la Administración independiente de la personal del agente. Se ha debido traer al plenario pruebas tendientes a demostrar la falta de la Administración como hubieran sido la constancia del trabajo que desempeña el miembro de las Fuerzas Armadas (sic), que cometió el ilícito, las circunstancias del servicio en el momento de la concurrencia de los hechos, la orden impartida, etc., un sin fin de probanzas suficientes para haber acreditado la relación del agente con un servicio público determinado, ya que la que está en el expediente hace alusión simplemente a que estaba en servicio activo o sea que pertenecía a las Fuerzas Armadas sin decir qué clase de función desempeña en ese momento. Se ha dicho repecto de la culpa o falta del agente que desde principios del siglo la doctrina y la jurisprudencia aceptaron la superposición de las dos culpas merced de la revisión de la misma tesis sobre la falla del servicio. Esto hizo afirmar al Comisario de Gobierno León Blum (citado por Charles Rousseau) que: si la falta personal ha sido cometida en el servicio o con ocasión de él, si los medios y los instrumentosa 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 un 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"..." (Sentencia del 2 de mayo de 1978, sección Tercera, Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo Exp. 1858 -Actor: José I. Pacheco Rosas).

"De acuerdo con lo expuesto, la actividad no se desarrolló con acasión del servicio, pues el hecho de que este individuo (Roberto Rivera V.) se juntara con otras personas para cometer ilícitos a pesar de estar en horas normales de trabajo 5:30 p.m. no conlleva por sí solo ninguna responsabilidad de la Administración, por cuanto del acerbo probatorio se deduce que los medios e instrumentos no fueron

puestos a disposición del agente por el servicio, ya que no se trajo pruebas de si las armas eran de dotación oficial, si tenía una órden para requisar el establecimiento, si la moto que utilizaron era de dotación del agente, etc., como tampoco que la víctima había sido puesta en presencia del culpable, para efectos del servicio, por cuanto su actuación fue netamente personal.

"En este punto la Sala acoge lo sostenido por el señor Fiscal 4°. de la corporación, cuando expresa:

> "De otra parte, si la H. Corporación considera que de las pruebas existentes es factible deducir que el suboficial Rivera partició en los HECHOS en que se funda la controversia se tiene que entender que lo hizo *A TITULO NETAMENTE PERSONAL (FALTA PERSONAL)* con lo cual el proceso respecto de la "responsabilidad derivada" no corresponde a esta jurisdicción especializada por razón de la 'falta personal' no relaciona con el SERVICIO PUBLICO: aún más, tampoco se dan en este caso ninguna de las 'circunstancias excepcionales' de que habla VEDEL para que aunque solo exista la FALTA PERSONAL sin embargo las entidades públicas asuman la responsabilidad por el daño, debido a que ninguna de las tres (3) situaciones concurren en el sub-lite: 1a) Porque no estaba en ACTIVIDADES DEL SERVICIO: 2a.) Porque la actividad no se desarrolló CON OCASION DEL SERVICIO: y 3a.) Por que el hecho imputado ESTA DESPROVISTO DE TODO VINCULO CON EL SERVICIO.". (Fl. 87 1er. cuaderno).

"Solo resta agregar, que de los hechos que dan cuenta la demanda conoció en un principio la Justicia Penal Militar por estar el país en Estado de Sitio y que cuando éste fue levantado pasó su conocimiento a la Justicia Ordinaria, de acuerdo con lo manifestado por el señor apoderado en el hecho 8 de la demanda y según se deduce de las constancias visibles a los folios 67 y 99-2° cuad. del Juzgado 21 Penal del Circuito relacionados con el expediente N° 15254.

"Lo anterior demuestra que estos hechos ilícitos no fueron cometidos con ocasión o razón del servicio, ni en conexión con él.

"De acuerdo con lo anteriormente expuesto y a pesar de que el hecho está probado, no lo está su impunibilidad a la administración.

"Por lo anteriormente expuesto, la Sala de la Sección Tercera del TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, de acuerdo con el Fiscal colaborador, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA:

"DENIEGASE LAS SUPLICAS DE LA DEMANDA".(fls. 90 - 99 cdno #1).

- II -

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 106 y siguientes del suaderno Nº 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 discurre dentro del siguiente temperamento:

"En mi carácter de procurador judicial de los señores arriba mencionados, se presentó demanda ante esta jurisdicción con el objeto de que se declarara al Ente Público responsable por los hechos delictuosos dirigidos y protagonizados por el Sargento Segundo del Ejército Nacional ROBERTO RIVERA VARGAS, adscrito a la Escuela de Artillería, los cuales tuvieron ocurrencia en las oficinas de la carrera 15 Nº 62-15 de la ciudad de Bogotá, el día 23 de julio de 1981. EN HORAS LABORALES, cuando en asocio de 5 personas más e involucrando su investidura como autoridad, que en el efecto lo era para la época de los hechos, ya que ostentaba el grado de Sargento Segundo de la mencionada Institución y arguyendo ser miembros del F2 y B2 de la Brigada de Institutos Militares, manifestaron a las personas allí presentes en el lugar antes mencionado, que se trataba de un operativo militar habiendo procedido luego a la sustracción de joyas, armas, títulos valores, efectos personales (sic), etc de propiedad de mis representados y a quienes al final les informaron que se trataba de un atraco y a quienes a la vez les exigieron guardar silencio ya que de lo contrario atentarían contra sus vidas o las de su familia. Como vemos, Honorables Consejeros de la Sección Tercera, el citado suboficial en pleno ejercicio de sus funciones, esto es, en servicio activo como suboficial del Ejército violó flagrantemente el principio constitucional consagrado por el Artículo 16 de nuestra carta, ya que siendo autoridad de la República, estaba en el deber de velar entre otras cosas, por los bienes o el patrimonio económico de los asociados y, sin embargo, se apropió de objetos y valores pertenecientes a mis mandantes, con la cooperación de los incursos partículares conocidos en autos.

"El suscrito Apoderado **no comparte la tesis** de la H. Magistrada, **al predicar** que hay falta personal del prenombrado Sargento Rivera y no falla en el servicio, siendo que, por jurisprudencia deL H. Consejo de Estado, se ha resuelto el problema en forma reiterada bajo el concepto de que "Las características de la responsabilidad por falla del servicio son la de ser una responsabilidad primaria no subsidiaría, es decir, que recae en el Ente Administrativo en primer lugar, es objetiva", por cuanto hay falla de tal naturaleza -según Charles Rosseau- cada vez que hay violación del servicio. (Jurisprudencia tomada de la obra Responsabilidad Extracontractual del Estado, pág 98, Jairo López Morales).

"A. NULIDAD DE TODO LO ACTUADO:

"Como atrás lo dije, en libelo separado provoco desde ahora el incidente de Nulidad con fundamento en el artículo 154 del Código de Procedimiento Civil,

concorde con los artículos 135 y siguientes, con el objeto específico de que esa H. Corporación se digne decretar la nulidad de lo actuado a partir del folio 33 del cuaderno N° 1.

"B. ERRADA INTERPRETACION DE LAS TEORIAS SOBRE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO:

"Con el respeto que la ilustre Magistrada Sustanciadora, Doctora María Eugenia Samper Ramírez, se merece, debo rebatir sus argumentaciones referentes a desconocer que en esta controversia administrativa está ausente la teoría de la falla o culpa en el servicio.

"En verdad, es necesario partir de la base que el Ejército Nacional es una institución creada con espíritu de servicio, tanto fuera del País como dentro de las diversas situaciones internas de nuestro territorio. Así las cosas, sus miembros activos son auténticos representantes de la Entidad y, por lo tanto, sus actuaciones ilícitas generan responsabilidad económica a cargo de la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, porque si tenemos en cuenta que por principio de derecho privado deducibles del artículo 2341 (C.C.), "El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido", Encontramos los orígenes mas remotos de la figura en el marco de la legislación colombiana y cuyos postulados el Derecho Administrativo aún los conserva para definir la responsabilidad directa de la administracion pública. De ahí la razón para el Doctor Jaime Vidal Perdomo lance el siguiente concepto sobre el particular:

> "Esta tesis tiene por fundamento la teoría organicista. Así como las personas físicas responden por el daño que cause su mano, porque es órgano que les pertenece, así las personas jurídicas responden de los prejuicios que puedan provocar sus agentes, porque son también sus organos los elementos sin los cuales no podrían actuar.
>
> En el campo del Derecho Público se asimilan ciertos funcionarios a órganos de las colectividades públicas, y éstas responden directamente por los daños que ellos comentan (sic), y no en forma indirecta, porque no se les considera madatarios (sic). (Derecho Administrativo, Edit. Temis, Página 427, 1975)".

"Sería paradógico negar que el Sargento Segundo RIVERA VARGAS no fuera integrante de la Institución demandada, y sobre todo que estuviera en servicio activo para la época de los hechos, cuando la documentación adjunta al proceso administrativo nos demuestra con claridad meridiana que hacía parte del Ejército Nacional, orgánico de la Escuela de Artillería. De otro lado y por las mismas constataciones que surgen del expediente, se acreditó que las ilícitudes ejercitadas por el suboficial encartado tuvieron ocurrencia en horas de servicio, es decir 5.30 de la tarde, y que dicho sujeto no se hallaba en franquicia, licencia, vacaciones o suspensión del ejercicio de sus funciones, aspecto los cuales no están comprobando

hasta la saciedad el nexo entre el servicio y la acción delictiva ejecutada por éste en las circunstancias de tiempo, modo y lugar, conocidas en autos.

"A mi juicio, es innegable la existencia de la teoría antedicha porque, de acuerdo con reiteradas jurisprudencias del H. Consejo de Estado, la falla en el servicio tiene las siguientes características:

"a) Se sustituye la noción de culpa individual de un agente determinado, por la "falla del servicio", o culpa de la administración; desaparece, en consecuencia, la necesidad de demostrar la acción o la necesidad de un agente identificado; es suficiente la falla funcional, orgánica o anónima;

"b) Se presume la culpa de la persona jurídica, no por las obligaciones de elegir y controlar a los agentes cuidadosamente, puesto que las presunciones basadas en estas obligaciones no existen en la responsabilidad directa sino por el deber primario del Estado de prestar a la colectividad los servicios públicos.

"c) Basta a la víctima demostrar la falla causante y el daño;

"d) En descargo de la Administración no produce sino la prueba de un elemento extraño (caso fortuito hecho de un tercero o culpa de la víctima). "(Responsabilidad Extracontractual del Estado, página 31).

"En efecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia exigen como regla prioritaria para establecer la tesis bajo análisis, en primer lugar que el comportamiento lesivo del agente Estatal origine del servicio o por causa del servicio; en segundo y último lugar que ése comportamiento produzca un daño demostrable y que se dé la relación de causalidad entre los elementos anotados. Significa lo anterior que tales posturas no son terminantes en exigir que el hecho ilícito sea cometido necesariamente por causa del servicio, como aparentemente puede interpretarse la nación, sino que obre una especie de ligamen (sic) entre el agente administrativo, el servicio encomendado, el daño y la víctima.

"Es más Honorables Consejeros: No podemos olvidar que el día 28 de julio de 1981, en las horas de la mañana -esto es- en horas también laborales- el Sargento Segundo Roberto Rivera Vargas se presentó al Banco de los Trabajadores, Sucursal San José de la carrera 13 con calle 27 sur para efectos de repartir el botín representado en títulos valores existiendo constancia expresa dentro del expediente administrativo que el citado día y en las horas indicadas, el Suboficial mencionado se encontraba en servicio activo, o sea, que no gozaba de permiso, franquicia, vacaciones, licencia y que no se hallaba suspendido en el ejercicio de sus funciones y atribuciones.

"PRUEBA DE LA FALLA EN EL SERVICIO PUBLICO

"A los autos de esta litis se adujeron las siguientes pruebas:

"1- Documental pública

"2- Las exposiciones correspondientes a Bernabé Murillo Rengifo, José Heriberto Cardona Marín y Roberto Rivera Vargas. Así mismo las diligencias de reconocimiento a los anteriormente nombrados en fila de personas, y las comunicaciones oficiales sobre decomiso de armas, motocicleta conducida por el Sargento Rivera Vargas, etc. Todo ese conjunto probatorio encaja en la descripción del Artículo 175 del C.P.M., que en lo pertinente dice: "... y cualquiera otros medios que **sean útiles para la formación** del convencimiento del Juez".

"Ahora bien:

"Respecto de la prueba documental pública está conformada por el auto de detención proferido contra el Suboficial Rivera Vargas por el Juzgado 114 de Instrucción Penal Militar, visible a folios 50 a 55 del primer cuaderno; concepto fiscal que se aprecia a folios 80,81; hoja de vida que acredita la calidad de militar del Suboficial Rivera Vargas como miembro en servicio activo del Ejército Nacional y perteneciente a la Escuela de Artillería. Finalmente la Resolución N° 00250 del 21 de Agosto de 1981, emanada del comando del Ejército y por medio de la cual se suspende en el ejercicio de funciones y atribuciones a este Suboficial.

"Como es bien sabido, el documento público hace plena prueba mientras no sea tachado de falso y probada su falsedad. Esta teoría la confirma la doctrina, en este caso representada por el Profesor Jorge Cardozo Isaza, quien sostiene lo que a continuación me permito transcribir:

> "Los documentos públicos o auténticos, es decir, los expedidos con las formalidades legales por un funcionario público en ejercicio de sus funciones, son plena prueba de los hechos de que el funcionario da fe". (Pruebas Judiciales, Edit. A.B.C. Pág 440, 1975).

"Con relación a las demás evidencias que encajan, como ya lo expuse, en el artículo 175 ibídem, su apreciación debe ocurrir al igual que la valoración de los documentos públicos, al contexto del artículo 187 de la obra en cita que dispone:

> "Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con todas las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.
>
> "El Juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba".

- III -

VISTA FISCAL

La fiscal séptima de la Corporación, Dra. MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF, en su concepto de fondo, razona judicialmente así:

"La Nulidad Planteada:

"En cuanto a la solicitud de nulidad deben analizarse dos aspectos: El Procedimental y la existencia misma de la nulidad.

"Aspecto Procedimental:

"De lo previsto por el Art. 154 del C. de P.C., en relación con la oportunidad y trámite de las nulidades, se deduce claramente que estas pueden originarse o bien en el trámite del negocio en cada una de las instancias o bien en la sentencia misma.

"En primer supuesto, la alegación del vicio se hará mientras no se dicte sentencia de instancia y, en el segundo, en la actuación posterior a la misma.

"Es claro, entonces, que una nulidad generada durante el trámite de un proceso no puede alegarse en la actuación posterior, a la sentencia por contravenir lo dispuesto por el Art. 154 ya citado.

"En el presente caso, el recirrente invoca como fundamento de la solicitud de nulidad unos hechos que se supone sucedieron mucho antes de la sentencia y no en la providencia misma, por lo cual esta Fiscalía estima que la petición por este aspecto, debe denegarse.

"Existencias de la Nulidad:

"El numeral 6° del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, reza: "Causal de nulidad. El proceso es nulo o en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

"6. Cuando *se omiten* los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas o para formular alegatos de conclusión" (la subraya es del despacho).

"Cuando la norma trancrita, establece como causal de nulidad la omisión del término para pedir o practicar pruebas, supone un desconocimiento del derecho que tienen las partes para que las pruebas solicitadas por ellas -obviamente en debida oportunidad- les sean decretadas y practicadas, omisión que conlleva un desconocimiento del derecho de defensa.

"En el caso que nos ocupa, la parte demandante, en dos ocasiones diferentes solicitó la práctica de varias pruebas, y el fallador de primer grado se pronunció sobre la viabilidad de tales solicitudes, accediendo a decretar aquellas pruebas que a su juicio fueron solicitadas oportunamente y negando las contenidas en petición diferente y posterior a la demanda.

"Al existir el pronunciamiento aludido por parte del a-quo, contra lo que reafirma el apelante, no puede hablarse de ausencia u omosión ni de términos ni de la oportunidad para pedir o practicar las pruebas solicitadas por la actora.

"Si el apoderado de la demandante consideró injusta o contraria a derecho la resolución del Tribunal a-quo, contenida en el auto calendado el 18 de diciembre de 1984, debió recurrir oportunamente contra esa providencia. Pero en lugar de formular en tiempo el recurso, el apoderado de los actores, insistió en su solicitud para que le fueran decretadas las pruebas cuya práctica le había sido negada -Fls. 36 - 37-, insistencia resuelta mediante autos de 15 de Febrero y 17 de Mayo de 1985.

"De todo lo anterior se deduce que el hecho alegado en el *subjúdice,* no es constitutivo de la causal de nulidad consagrada en el numeral 6° del artículo 152 del C.P.C. toda vez que el haber negado el decreto y práctica de las pruebas, de ninguna manera equivale a omitir el término u oportunidad para perdirlas o practicarlas, por lo cual la Fiscalía estima que debe denegarse, por este aspecto, la solicitud de nulidad.

"Responsabilidad de la Entidad Demandada:

"La responsabilidad de una demanda se presente cuando hay omisión irregularidad, ineficacia o ausencia del servicio por parte de la Administración y una o varias de tales circunstancias origina un daño sin que exista una causal eximente.

"Como consecuencia de lo anterior debe aparecer plenamente demostrado el hecho o hechos en las cuales se funda la falla de la Administración, el daño producido y la relación entre los extremos anteriores.

"En el *sub-judice*, no existe prueba alguna que demuestre que la Administración actuó o dejó de actuar, pues lo único que se establece de las pruebas allegadas al expediente, es la actuación personal del sargento Segundo del Ejército Nacional Roberto Rivera Vargas quien prevalido de tal condición y obrando en ejercicio de un derecho que no le asistía, participó en la comisión de hechos delictuosos que nada tiene que ver con la misión que le es propia y cumple el Ejército Nacional; en cuanto a la causa del daño en este caso, también aparece establecido que no fue solo la falta personal del agente sino de varios particulares cuyos actos delictivos fueron ejecutados como ciudadanos comunes.

"La mera vinculación del Sargento Segundo, Rivera Vargas a la institución armada referida, no exoneraba de responsabilidad -como cree el apelante- por las fallas personales que ejecutaba el sub-oficial mencionado, con ausencia absoluta de los procedimientos legales establecidos por la ley para los casos de allanamiento; como tampoco puede -como pretende el demandante- desplazar dicha responsabilidad a la Administración habida cuenta de la vinculación laboral mencionada, pues la falta o falla del servicio, es bien sabido, es anónima de la Administración, y por ende excluye la personal del agente.

"Probada como en efecto lo está la falta personal del Sargento Segundo, Roberto Rivera Vargas, se presenta una causal exonerativa de reponsabilidad, pues

en ese caso el hecho dañoso no es imputable a la administración y en consecuencia, y a juicio de esta Agencia Fiscal, la determinación del a-quo merece ser confirmada.

"En relación con el análisis probatorio contenido en la sentencia recurrida, que a su vez acoge el concepto fiscal de la primera instancia, este despacho lo encuentra ajustado a las normas que rigen la materia, sin que los argumentos que expone el apelante hubieran llegado a desvirtuarlos.

"CONCLUSION:

"Por lo anteriormente expuesto, en concepto de este despacho, la sentencia apelada debe ser confirmada.". (fls 135-138 cdno N° 1).

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

A) La sentencia apelada será revocada, pues el *ad-quem* no hace suya la valoración jurídica, fáctica y probatoria que hizo el *a-quo*.

En el *sub-lite* no hay espacio para la duda que impida concluir que el Sargento Segundo del Ejército Sr ROBERTO RIVERA VARGAS participó activamente en la comisión de los delitos de HURTO y SECUESTRO -en concurso- como los calificó el Juez Veintiuno Penal del Circuito de Bogotá, en la providencia en que lo llamó a responder en juicio criminal, caledada el dia cuatro (4) de mayo de mil novecientos ochenta y cinco (1985). En el relato de los hechos que se hace en dicho proveído, se lee:

> "El dia 23 de julio de 1981 penetraron 6 individuos armados a la oficina del señor PEDRO MUÑOZ CARREÑO ubicada en la carrera 15 N° 62-15 de Bogotá. Después de intimidarlos con arma de fuego a sus ocupantes, procedieron a efectuar un "operativo" para localizar una presunta cocaína. Sin embargo, dichos individuos sustrajeron de la caja fuerte joyas por un valor de $2.000.000.oo y cheques por $1.8000.000.oo. De igual manera despojaron el anillo y reloj al señor PEDRO MUÑOZ y a los señores RICARDO PEREZ y MANUEL ROA. Luego de cometido estos hechos, se desplazaron llevando consigo al señor PEDRO MUÑOZ hasta el lugar de su residencia, calle 57 N° 34-61, requisaron el apartamento y lo dejaron libre no sin antes amenazarlo, que peligraba su vida si decía algo y que esto era un atraco" (C 1, fol 149).
>
> Más adelante, en la misma providencia, al valorar el acervo probarorio, el jusgado destaca:
>
> "5. *El procesado Roberto Rivera Vargas.* Fue reconocido judicialmente, en las instalaciones del Batallón Escuela de Artillería de esta ciudad, como la misma persona que en la fecha de autos dirigía aquel grupo que asaltó la compañía "PEDRO MUÑOZ", que sus compañeros del acto criminal lo llamaban a veces "Teniente" y otras "Sargento", por los deponentes Víctor Manuel Bejarano Gutiérrez (Fl. 50) Alba Rocío Gutiérrez Masabell (fl.51),

Pedro León Muñoz Carreño (fl. 62), Ricardo Alonso Pérez Sandoval (fl 63) y Manuel Antonio Rueda (fl. 64), quienes de manera inequívoca reconocieron al citado Rivera Vargas en dicha situación procesal como se alude".

Finalmente, y bajo el rubro 'CULPABILIDAD" se discurre dentro del siguiente temperamento:

"Teniendo en cuenta las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que el acusado Rivera Vargas actuó en desarrollo de la conducta típica a él imputada, *es claro que en forma consciente dirigió su voluntad a la obtención de los resultados antijurídicos, máxime que por su trayectoria militar, su posición como suboficial debía conocer suficientemente los peligros en que temeraria e ilícitamente se abocaba y a pesar de ello, no se detuvo en la realización de la conducta.*

"Indiscutiblemente, como lo rezan los autos, que *Roberto Rivera Vargas prevalido de su posición de militar comandó aquel grupo de fascinerosos,* obtuvo éxito en el apoderamiento de las joyas y títulos valores con los cuales se abrió una cuenta corriente en el Banco de los Trabajadores; *en su poder los detectives le hallaron aquel maletín de cuero color café o carmelito, precisamente en la requisa que verificaron en el lugar de su domicilio (barrio Tunjuelito) y en él, hallaron LAS JOYAS SUSTRAIDAS A LA COMPAÑIA "PEDRO MUÑOZ",* en síntesis, dentro de ese aspecto comportamental que tipicamente se ha descrito, el susodicho frente a este juicio de reproche, sus actos criminales aludidos deduciblemente devienen de su humana libertad como de su propio siquismo, realizó un hecho penalmente antijurídico con conocimiento de su típica ilicitud, con conciencia de su antijuricidad y con voluntad de ejecutarlos, desde luego". (subrayas de la Sala).

En verdad que contra el sindicado no se alcanzó a dictar sentencia condenatoria, por extinción de la acción penal, por muerte, pero esta circunstancia no borra el universo probatorio que tiene el auto de llamamiento a juicio, que la Sala valora en todo su temperamento. A todo lo anterior se agrega la circunstancia de que la hoja de vida del Sargento Segundo, ROBERTO RIVERA VARGAS, deja mucho que desear. Resulta inexplicable para el sentenciador que éste no haya sido retirado de las Fuerzas militares, mucho antes de que cometiera el delito de HURTO y SECUESTRO, pues en más de una ocasión se le sindicó por LESIONES PERSONALES, Tentativa de homicidio y Fuga de presos. Del documento que obra a los folios 84 y siguientes del Cuaderno N° 2, la Sala retiene los siguientes apartes:

"SUMARIOS, INFORMATIVO, PARTES E INFORMES

"-Con Radiograma N° 377-BAGUP-J7-IPM-789 de fecha 08-AGO-75, el Juez Séptimo de Instrucción Penal Militar, solicita documentos correpondientes al CS. ROBERTO RIVERA VARGAS, con el fin de que obren en sumarios que adelanta ese despacho por Lesiones Personales.

"-Con Radiograma N° 0488-BIM-ESART de fecha 10-SEP-75, el ST. CARLOS CUERVO funcionario de Instrucción, informa se inició informativo administrativo por Lesiones que sufrió el citado Suboficial el 12-JUL-75.

"-Según oficio N° 097-BIM-J-S-IPM-749 del 11-JUL-79, el Juez Quinto de Instrucción Penal Militar solicitó documentos correspondientes al CP. ROBERTO RIVERA VARGAS para que obren dentro del proceso que ese despacho adelanta contra el citado Suboficial por el delito de Lesiones Pesonales.

"-La Resolución N° 00215 del 10-AGO079 lo suspendió en el ejercicio de funciones y atribuciones por hallarse sindicado del delito de Lesiones Personales.

"-Con oficio N° 0240-BIM-J6-IPM0789 del 05-AGO-80, el Juez Sexto de Instrucción Penal Militar solicita Calidad Militar del citado Suboficial con el fin de anexarla al proceso que se adelanta por el delito de Lesiones Personales.

"-Según fallo del Tribunal Superior Militar de fecha 05-SEP-80 le fue cesado procedimiento por el delito de Tentativa de Homicidio.

"-La Resolución N° 00057 del 05-MAR-81, lo restableció en el ejercicio de funciones y atribuciones por el delito de Lesiones Personales y por el cual se ordenó la cesación de todo procedimiento.

"-Con Radiogramas N° 1811-BIM-ESART-s1-930 del 29-JUL-81 el sr. TC.Comandante de la Escuela de Artilleria, solicita Extracto de la Hoja de Vida y Calidad Militar con el fin de adelantar investigación por el delito de Robo y atraco.

"-Con oficio N° 133-BIM-J-114-IPM-789 del 05-AGO-81, el Juez 114 de Instrucción Penal Militar solicitó documentos del citado Suboficial, con el fin de anexarlo a la investigación penal por los delitos de secuestro simple y Hurto calificado que adelanta ese juzgado.

"-La Resolución N° 00258 del 21-AGO-81 lo suspendió en el ejercicio de funciones y atribuciones por haber sido sindicado de los delitos de Hurto Calificado y Secuestro Simple.

"-En oficio N° 150-BIM-J-114-IPM-789 del 21-AGO-81, el Juez 114 de Instrucción Penal Militar solicita documentos del SS.ROBERTO RIVERA VARGAS con el fin de que obren en la investigación que ese despacho adelanta por el delito de fuga de presos".

Sorprende aún más la situación que se estudia si se tiene en cuenta que al citado oficial se le había sancionado, con anterioridad a los hechos ocurridos el dia

23 de Julio de 1981, durante dieciocho (18) ocasiones, tal como se registra en el extracto de su hoja de vida, en la cual se lee:

"SANCIONES

"-24-ABR-74: ARRESTO SEVERO. 48 horas por faltas contra el servicio consistente en hacer abuso de su autoridad y golpear a un subalterno. Comando Batería.

"-21-AGO-74: ARRESTO SEVERO: 5 dias, consistente en no cumplir oportunamente un orden y ultrajar de palabra a un superior. Comando Escuela.

"-19-ENE-77: REPRENSION SEVERA. Por faltas contra el servicio, consistente en no cumplir con el debido celo las obligaciones relativas al servicio. Intendencia Local.

"-10-FEB-77: REPRENSION SEVERA. Consistente en mentir al superior y salirse de la Guarnición sin permiso. Intendencia Local.

"-14-DIC-77: ARRESTO SEVERO. 72 horas, por faltas contra la obediencia y la subordinación consistente en incumplir una orden. Intendencia Local.

"-27-MAR-79: ARRESTO SEVERO. 24 horas, por faltas contempladas en el Reglamento de Régimen Disciplinario, consistente en utilizar *medios fraudulentos* durante el desarrollo de un examen. Comando Batería.

"-19-MAY-79: ARRESTO SEVERO. 5 días, consistente en engañar al Comandante de Batería simulando enfermedad grave para evadir la responsabilidad del servicio. Comando Batería.

"-09-JUN-79: ARRESTO SEVERO. 5 dias, consistente en presentarse *embriagado* a la formación y luego retirarse sin permiso del Cuartel. Comando Batería.

"-10-JUN-79: ARRESTO SEVERO. 24 horas, consistente en no presentar un examen sin causa justificada. Comando Batería.

"-19-JUN-79: ARRESTO SEVERO. 5 dias, consistente en dar respuestas *altaneras y descomedidas* al Comando de la Batería y presentarse ebrio a la formación. Comando Batería.

"-20-JUN-79: ARRESTO SEVERO. 48 horas, por faltas contra la obediencia, consiste en incumplir la orden del Comando de la Escuela. Comando Batería.

"-19-MAY-79: ARRESTO SEVERO. 8 dias, informado según Imper N° 1638 de la Escuela de Artillería.

"-27-MAY-79: ARRESTO SEVERO. 1 dia, informado según Imper Nº 1303 de la Escuela de Artilleria.

"-09-JUN-79: ARRESTO SEVERO. 2 dias, informado según Imper Nº 1638 de la Escuela de Artillería.

"-12-JUN-79: ARRESTO SEVERO. 1 dia, informado según Imper Nº 1638 de la Escuela de Artillería.

"-15-JUN-79: ARRESTO SEVERO. 2 dias, informado según Imper Nº 1638 de la Escuela de Artilleria.

"-21-SEP-79: ARRESTO SEVERO. 10 dias, informado según Imper Nº 3251 de la Escuela de Artilleria.

"-30-DIC-80: ARRESTO SEVERO. 3 dias, informado según Imper Nº 01 de la Escuela de Artillería.". (fls. 85-86 Cdno Nº 2).

B) A la luz de la prueba que se deja relacionada, la Sala reitera que en el caso en comento se dió la falla del servicio, no tanto por los hechos que dieron lugar a la investigación del delito de HURTO y SECUESTRO, que bien pueden ubicarse dentro de la falta personal, pero sí por la especial circunstancia de que el Sargento Segudo ROBERTO RIVERA VARGAS tenía antecedentes graves, antes de cometer este último ilícito, todos ellos demostrativos de una falla en la elección y en la vigilancia. Los integrantes de la fuerza pública, con sanciones y antecedentes, como los que se dejaron relacionados, no deben permanecer ni en el ejército ni en la policía, ni en ningún cuerpo de seguridad de la Nación. Si la administración no toma las medidas orientadas a desvincular al personal que tiene tan mal comportamiento, cabe predicar con ella, como lo enseña el Profesor Jean Rivero, está incumpliendo con el normal funcionamiento del servicio, pues la conciencia ciudadana demanda que el personal adscrito al ejército y a la policía, sea de conducta irreprochable, en todo sentido. Esta exigencia se explica porque es fácil, al agente del orden, así esté en franquicia, y sin portar uniforme, identificarse como tal, para facilitar la comisión del ilícito.

En el caso en comento la Sala observa que, la falta personal, no está desprovista de todo vínculo con el servicio. Esto explica que la Nación-Ministerio de Defensa Nacional, esté obligada a indemnizar a los particulares los daños causados, pues habiendo vivenciado el mal comportamiento de su agente, lo retuvo en la institución, conducta con la cual creó también un riesgo de falta personal. Todo sucede -recuerda- el jurista francés, ya citado "... como si la persona pública estuviera obligada a indemnizar a los particulares *en razón del riesgo de falta de personal al cual ella los expone al darle a sus agentes los medios o la ocasión de falta"* (Derecho Administrativo. Caracas 1984, pág. 319). (subrayas de la Sala). En otras palabras, cada vez que la administración cree el riesgo de la falta personal, debe responder por ésta, con la filosifía jurídica que se deja explicada.

En el Sub-lite, se reitera, esa ocasión de falta personal la brindó la Nación-Ministerio de Defensa-, al no retirar de la institución a quien ya se sabía que no ajustaba su conducta a las normas de la misma.

La perspectiva jurídica que se deja expuesta la manejó la Sala en sentencia de 29 de abril de 1980, Expediente Nº 2458. Actor MARILUZ ARIAS DE ANAYA, Consejero Ponente, Dr. Carlos Betancur Jaramillo, en la cual se lee:

> "Aunque en apariencia se manifiesta la culpa del señor Comandante Anaya Sánchez en mantener bajo su servicio al agente de policía demente que le causó la muerte, los hechos revelan otra realidad. *En primer término, no le tocó al Comandante (como no le toca a ninguno) elegir directamente al personal que estaba bajo su mando. La forma de enganche de este personal, desde el Comadante mismo hasta el último de sus agentes, está a cargo de la Institución (la entidad nacional); DE ALLI QUE LOS DEFECTOS O IRREGULARIDADES EN ESA ELECCION, SE PREDIQUEN, NO DE UN SUJETO O PERSONA INDIVIDUALIZADA SINO DEL SERVICIO ANONIMAMENTE CONSIDERADO. TANTO EL COMANDANTE COMO EL AGENTE FUERON ELEGIDOS POR LA ADMINISTRACION."* (Subrayas de la Sala).

En este momento del discurso, cabe concluir, que esa falla en la elección una vez vivenciada y no enmendada, tiene más universo de antijuricidad que la original (la elección), pues es demostrativa de torpeza y mala administración.

C) Demostrada la falla del servicio, corresponde a la Sala entrar a definir todo lo relacionado con los PERJUICIOS sufridos por los demandantes.

La condena se limitará al pago de los morales, pues los materiales no se dieron. Del acta Nº 001 que obra al folio 181 del Cuaderno Nº 1, se desprende que en la residencia del Sargento Segundo del Ejército, ROBERTO RIVERA VARGAS se hallaron el revólver marca Smith & Wesson, calibre 38 largo, modelo 38 Nº J741311 y cinco cartuchos para el mismo, y las siguientes joyas:

> "Un estuche color negro que contiene cincuenta y cuatro anillos (54) en metal color blanco, con piedras verdes y blancas así: Con piedras verdes y blancas cuarenta y tres (43); con piedras verdes cuatro (4), con piedra blanca cinco (5), con piedras rojas uno (1), sin piedra uno (1). Un segundo estuche color negro que contiene anillos en metal dorado así: anillos con signo zodiacal seis (6), anillos color dorado para mujer sin piedra y labrados siete (7), anillos dorados para mujer con piedra roja cuatro (4), anillos para mujer color dorado con piedra azul (3), anillos para mujer sin piedra y con dos circulos tres (3), anillos para mujer con esferas pequeñas color dorado cuatro (4), anillos durados (sic) para mujer con piedra blanca tres (3), anillos dorados con piedras verdes cuatro (4), anillo para hombre con piedra negra y blanca en forma de "V" uno (1), juego de aretes con piedra verde en metal dorado uno (1), un dije amarillo con piedra verde y dos blancas, dije (motivo tijera) con piedra color verde uno

(1), un tercer estuche color rojo que contiene un pulsera dorada con las siguientes dimensiones conco centimetros de ancho por 20 centímetros de largo aproximadamente, un reloj amarillo marca "ROLEX", con pulso metálico del mismo color (para hombre), un reloj color dorado con pulso metálico del mismo color marca "JUVENIA" No de caja 880344 con indicadores de hora en piedra blanca (para hombre), un reloj rectangular dorado tablero azul marca "BAUME & MERCIER",con pulso de cuero negro de la misma marca N° de caja 829851-383037, un reloj dorado con pulso metálico del mismo color marca "MIDO", caja N° 8144770-9414 (para mujer), una cadena dorada con cruz del mismo color e incrustación de cinco piedras color verde, prendedor en forma precolombina color dorado con dos piedras verdes uno (1). Dos anillos color blanco con piedra del mismo color (para hombre). De igual manera se halló un revólver marca Smith & Wesson, calibre 38 largo, pavonado, cachas de madera y gatillo, martillo color blanco N° C221141".

El juez Octavo Superior, en el oficio N° 946 de 29 de Octubre de 1990, pone de presente la misma realidad, al destacar:

"Acta de recuperación de los elementos materia del delito.

"Cheques N° A 0238210 por valor de $600.000.oo; 0698912 por valor de $200.000.oo; 694011 por vaor de $1.000.000.oo; igualmente los desprendibles sobre información de devolución de los cheques relacionados"(C1, fol 175).

A la luz de lo que se deja expuesto, cabe concluir que en el caso en comento el daño material no es CIERTO, esto es, que no se produjo una disminución en el patrimonio de los demandantes.

La Sala condenará al pago de perjuicios morales, en favor de los señores PEDRO LEON MUÑOZ CARREÑO, MANUEL ANTONIO ROA PARROQUIANO y RICARDO ALFONSO PEREZ SANDOVAL, por quiniento s(500 gramos de oro fino para cada uno, pues resulta incuestionable que el tratamiento que recibieron, de parte de la banda dirigida por el Sargento Roberto Rivera Vargas, fue vejatorio de su dignidad como personas, y produjo con todos ellos un dolor moral al verse atacados e inicialmente lesionados en su patrimonio.

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 dia ocho (8) de abril de mil novecientos ochenta y ocho (1988), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por las razones dadas en los considerados de este fallo, y, en su lugar *RESUELVE:*

A) DECLARESE que la NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, es administrativamente responsable de los daños y perjuicios causados a los demandantes, Señores PEDRO LEON MUÑOZ CARREÑO, RICARDO ALFONSO PEREZ SANDOVAL y MANUEL ANTONIO ROA PARROQUIANO, dentro del marco de circunstancias de modo, tiempo y lugar que se dejaron relacionadas en los considerandos de esta providencia;

B) Como consecuencia de la declaratoria anterior, se condena a LA NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, a pagar a cada uno de los demandantes PEDRO LEON MUÑOZ CARREÑO, RICARDO ALFONSO PEREZ SANDOVAL y MANUEL ANTONIO ROA PARROQUIANO, quinientos (500) gramos de oro fino que se deberán cubrir con el precio nacional del oro certificado por el Banco de la República para el momento en que quede ejecutoriada la presente sentencia;

C) Deniéguese las demás pretensiones de la demanda.

D) Al presente fallo se le deberá dar cumplimiento en los términos establecidos en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

E) Para el cabal cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A., se expedirán las copias respectivas de la sentencia, con constancia de su ejecutoria, con destino a las partes, haciendo precisión sobre cuál de las copias resulta idónea par la efectividad de los derechos reconocidos.

SEGUNDO: Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Daniel Suarez Hernandez, Presidente de la Sala, Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernandez, Julio Cesar Uribe Acosta,

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

CONTRATO ADMINISTRATIVO-Incumplimiento/ **CONTRATO ADMINISTRATIVO**-Ejecución/ **CONTRATO DE OBRA PUBLICA**-Suspensión

Si bien es cierto que el actor debía cumplir las órdenes que le impartiera la administración por razones de oportunidad o conveniencia, es igualmente incuestionable que el contratista no podía actuar contra la lógica de lo razonable, esto es, hacer mal las cosas que se ordenaban, simplemente porque recibía una ORDEN. No tendría sentido que al final de la obra ésta resultara con vicios o defectos en su construcción, y que la excusa fuera la que normalmente se estila: Cumplí órdenes. Hacer las obras mal, simplemente porque se recibió una orden, es conducta irrespnsable, que puede escuadernarse dentro de la filosofía que informa el dolo. Este es uno de los muy pocos casos que el contratista puede suspender la obra mientras no se le definan aspectos técnicos sustanciales, para la mejor realización de la misma.

CADUCIDAD DEL CONTRATO-Oportunidad

Se revocan las resoluciones impugnadas, pues la declaratoria de caducidad se hizo cuando el término del contrato ya se había agotado.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Tercera.- Santafé de Bogotá D.C., abril dos (2) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Julio César Uribe Acosta*

Referencia: Expediente N° 1875

Actor: Salim José Suz Kury

Demandado: Empresas Públicas de Medellin.

- 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 dia ocho (8) de agosto de mil novecientos setenta y cinco (1975), proferida por el tribunal Administrativo de Antioquia, en virtud de la cual se denegaron las súplicas de la demanda, por las razones que en el referido proveído se precisan.

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

"En escrito presentado el 29 de marzo de 1973, el señor Salim José Suz Kury, mediante apoderado idóneo y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción demanda a las Empresas Públicas de Medellín para que previo el trámite correspondiente se decrete la nulidad de las resoluciones No 103 y 142 de Agosto 21 y noviembre 16 de 1973, emanadas de la Gerencia de la entidad demandada y para que consecuencialmente se le restablezca en su derecho, que se evidenciará con la indemnización de todos los perjuicios ocasionados por las Empresas Públicas de Medellín, tanto dentro del orden material como moral.

" Como hechos se narran en síntesis:

"1°) Que el doctor Salim José Suz K., realizó un contrato de instalación de tubería de acueducto con las Empresas Públicas de Medellín. El mecionado contrato fue celebrado el dia 14 de diciembre de 1972 y fue distinguido con el número 2/DJ-44.593/20.

"2°) Que el contratista inició las obras dentro del término pactado contractualmente, habiendo dado cumplimiento a todos los requerimientos de orden legal y convencional.

"3°) Que durante la ejecución de la obra aparecieron serias dificultades, al no coincidir los planos de la misma con la realidad y las órdenes impartidas por los representantes de las EE.PP.

"4°) Que las variaciones ordenandas al contratista por el organismo autónomo fueron de tal magnitud que convirtieron la antigua relación contractual en una administración delegada, con la cual se desvirtuó totalmente el contrato pactado en base a precios y costos determinados y a planos y proyectos fijos.

"5°) Que en vista de lo anterior, el contratista pidió definición a las Empresas de los planos y proyectos definitivos, manifestándoles además en comunicación del 9 de mayo de 1973 que hasta tanto se definiera el punto anterior se abstendría de

continuar la ejecución de la obra. Todo esto con sujeción a las cláusulas del mismo contrato.

"6°) Que a lo anterior las Empresas respondieron en comunicación del 10 de mayo que debía retirar todos los elementos que tuviese en el lugar de la obra, ya que ella asumiría la construcción de la misma, como efectivamente lo hizo

"7°) Que el proceder de las Empresas - terminación del contrato sin decisión previa de caducidad- trajo para el contratista irreparables pérdidas, ya que al ser invadido por el nuevo contratista el lugar de ejecución de la obra, no sólo desaparecieron elementos de su propiedad sino que se usufructuaron los mismos, así como el trabajo realizado por él.

"8°) Que tres meses después de lo anterior, la Gerencia de las Empresas Públicas expidió la resolución N° 103 de agosto 21 de 1973 y en virtud de la cual se declaraba caducado el contrato celebrado entre dicha entidad y el señor J. Salim Suz Kury y señalado con el número 2/D.J.-4.593/30.

"9°) Que interpuestos los recursos pertinentes, los mismos fueron rechazados en virtud de las resoluciones cuya nulidad se solicita.

"10°) Que con el anterior proceder, las Empresas Públicas han perjudicado al máximo al doctor Suz Kury, dadas las implicaciones de orden legal, patrimonial, profesional y moral que la declaratoria de caducidad por parte de una Entidad de Derecho Público representa en nuestro medio.

"FUNDAMENTACION JURIDICA:

"Afirma el apoderado de la parte actora, que los actos cuya nulidad solicita son violatorios de los siguientes dispositivos legales: arts. 254,255, 256, 257 del C.C.A.; arts. 1602, 1603, 1604, 1608, 1610, 1614, 1622, 1624, 2056 y 2060 del Código Civl; y los artículos 830, 831, 864, 870 y 871 del Código de Comercio. Afirma además que en la resolución que decretó la caducidad no figuran los motivos causales de ella.

"Para resolver, se considera:

"Como se desprende de lo narrado, el señor Salim José Suz Kury demanda en acción de plena jurisdicción a las Empresas Públicas de Medellín para que previa la tramitación legal se declare la nulidad del acto administrativo de caducidad, contenido en las resoluciones N° 103 y 142 de agosto 21 y noviembre 16 de 1973, emanadas de la gerencia del mencionado Establecimiento Público y se ordene el restablecimiento del derecho "que se evidenciará con la indemnización de todos los perjuicios ocasionados tanto del orden material como de pagar por cualquier concepto originado en el contrato".

"Para la Sala la acción no puede prosperar por los serios vacíos probatorios que se observan dentro del proceso y que imponen la aplicación del principio de la carga de la prueba con todo su rigor y en contra de las prestaciones de la parte actora, quien era, en principio, la que corría con las consecuencias de la incertidumbre.

"La parte petitoria, aunque un tanto imprecisa, muestra una acción de plena jurisdicción contractual con ciertos visos de reclamación directa que, con todo, no alcanza de viciar de ineptitud al presente proceso.

"De la lectura detenida de la petición se colige que la parte actora pretende la nulidad del acto administrativo de caducidad, pero no la consecuencia lógica de tal declaración, cual sería la continuación del vínculo contractual, sino la indemnización de todos los perjuicios derivados de la situación creada por las EE.PP. en torno al contrato y por ser a la fecha imposible el mantenimiento del mencionado vínculo. Interpretado así el libelo, el Tribunal anota:

"Es sabido que las controversias contractuales que tienen origen en un contrato administrativo pueden clasificarse en dos grandes ramas, a saber: a) La de plena jurisdicción,que se instaura contra el acto administrativo expedido por la administración con fundamento en el contrato administrativo, por el cual se declara la caducidad del mismo o se impone una sanción o una multa a un contratista, etc, etc., y b) La de reclamación directa contractual, en la cual no media un acto administrativo previo que deba anularse y que, ordinariamente, busca el cumplimiento o la terminación del contrato con indemnización de perjuicios; y en algunas hipótesis la interpretación de las cláusulas contractuales.

"De este breve enunciado se desprenden dos acciones bien definidas: una, plena jurisdicción típica, de las señaladas en el art. 67 del C.C.A., cuyo debate debe circunscribirse a los motivos que condujeron a la declaratoria de caducidad, con el fin de devolverle, por la nulidad del acto, la vigencia al contrato, pudiéndose, claro está, pedir la indemnización de perjuicios ocasionados directamente por la medida caducatoria pero no otros diferentes; y otra, la reclamación contractual directa (en la cual no media un acto administrativo previo que haya sido discutido gubernamentalmente y que deba removerse) de debate amplio, como que puede tocar los distintos extremos obligacionales sin que tenga que reducirse, como sucede con la primera, a lo que fue materia de la caducidad. Se entiende esta acumulación si se piensa que en el debate de plena jurisdicción la administración contiene en un plano hasta cierto punto superior al de particular, ya que el acto administrativo esté amparado con una presunción de legitimidad (sic); y en la contractual directa esa misma administración no goza de ningún privilegio yu debe enfrentarse a una parte procesalmente igual.

"Se anota sí que no siempre la acción de plena jurisdicción formulada contra el acto que decretó la caducidad puede pretender como restablecimiento el mantenimiento del vínculo contractual, porque en muchas hipótesis esta solución es prácticamente imposible por haberse ya ejecutado acto que decreto la caducidad, tal como sucedió en el caso subjudice. En otra hipótesis el restablecimiento se

traduce en indemnización y como tal, comprensiva del lucro cesante y el daño emergente.-

"Pese a lo anterior que permite el estudio de fondo, la sentencia no acogerá las prestaciones del actor por fallas de carácter probatorio.

"La labor deplegada por la parte actora en este sentido fue practicamente nula. Parece que hubiera olvidado que en él le tocaba desvirtuar los hechos alegados por administración como motivos para la caducidad del contrato, dada la presunción de legalidad que cobija a las resoluciones contentivas de tal medida.

"Su conducta fue tan poco afectiva y convincente que no sólo no se le ocurrió acompañar la copia del contrato con la demanda, como era lo más atinado hacer dada la índole de la controversia, sino que tampoco pudo diligenciarse por presentación extemporánea. Confirma esta aseveración el auto de agosto 1° del año pasado y frente al cual ningún recurso interpuso. Fuera de que, si hubieran sido pedidas las pruebas oportunamente, la mayoría de ellas no habrían podido decretarse, ya que el interrogatorio de parte por expresa disposición legal (art. 199 del C. de P.C.) no puede surtirse con los representantes de las entidades públicas y los testimonios se solicitaron sin el lleno de los requisitos exigidos por el art. 219 del mismo ordenamiento.

"Se recalca esta conducta de la parte actora para mostrar porqué el Tribunal no decretó pruebas del auto para mejor proveer ni insistió en las decretadas a instancia de la parte demandada.

"El alcance del auto para mejor proveer está claramente señalado en el código administrativo (art. 91) y, por lo tanto, no cabe hablar a este respecto de un vacio que deba llenarse con el principio inquisitivo que gobierna el sistema probatorio del código de procedimiento civil vigente. Por consiguiente, el auto para mejor proveer no puede decretarse sino con el fin de aclarar puntos oscuros o dudosos de la contienda, pero no para suplir las fallas en la actividad probatoria que corría a cargo de las partes.

"Puede decirse, en otras palabras, que la facultad que la ley le da al juzgador en la antecitada norma es complementaria de la carga probatoria pero no un sucedáneo de la misma. Coincide en este punto la apreciación del señor Fiscal colaborador, quien en su vista de mayo 22 del presente año estima que se deben negar las peticiones de la demanda.

"La decisión por vacíos probatorios que deberá tomarse no es más que la consecuencia lógica de la operancia del principio de la carga de la prueba, que impone al juzgador la obligación de fallar en contra de la parte que teniendo interés en sacar avante sus pretenciones no lo hizo.

"En el caso presente, esta carga procesal, en su faceta de auto-responsabilidad, recaía en el doctor Suz Kury; pero no sólo por tener el carácter de actor, sino por

estar impugnando precisamente un acto administrativo (el complejo que decretó la caducidad) que como tal, está amparado con una presunción de legalidad". (Fls. 2 a 10 Cdno N° 1).

- II -

VISTA FISCAL

El presente proceso se destruyó en los trágicos acontecimientos ocurridos en noviembre de 1985, en el,Palacio de Justicia, pero fue reconstruído en un todo de acuerdo con lo preceptuado en el Decreto 3825 de 1985.

La realidad que se deja expuesta explica que no se disponga del concepto fiscal, pero este vacío no impide al fallador entrar a desatar el conflicto de intereses, como reiteradamente lo ha expuesto la Sala.

- III-

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) Dentro del proceso se aprobaron, en debida forma, las siguientes circunstancias particulares del caso:

PRIMERA: Que el dia catorce (14) de diciembre de mil novecientos setenta y dos (1972) LAS EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN, de una parte, y el señor J. SALIM SUZ KURY, suscribieron el Contrato N° 2/JD-4.593/20, el cual tuvo por objeto "... la instalación de las tuberías de conducción entre la planta de filtros de Villa Hermosa y el Tanque de la Piñuela, y los tanques Berlin II y Moscú III..." De las cláusulas del citado acto jurídico, tienen interés, para la mejor comprensión del presente conflicto de intereses, las siguientes:

> "*CUARTA: Cambio en los planos o en las Especificaciones.* Durante la ejecución del contrato LAS EMPRESAS podrán ordenar, por conducto de la Interventoría, los cambios que consideren necesarios tanto en los planos como en las especificaciones o en alguno de estos documentos. Si por estos cambios se afectan el plazo y el precio, o uno de éstos, señalados en este contrato, LAS EMPRESAS deberán convenir con el CONTRATISTA, antes de ordenar los cambios, los ajustes de plazo y/o de precio que de éllos puedan desprenderse, de los cual se firmará por las partes el acta correspondiente. Cuando a juicio de EL CONTRATISTA sea conveniente variar planos o especificaciones, someterá las variaciones, junto con los estudios correspondientes, a la Interventoría, quien las presentará a la consideración de LAS EMPRESAS explicando las causas que las justifican. Si éstas no las aprobaren, EL CONTRATISTA se sujetará a los planos y especificaciones

acordados originalmente. En caso de aprobarlas, se procederá como está establecido en esta cláusula.

"*QUINTA: Situaciones imprevistas.*- Si durante el curso de los trabajos, LAS EMPRESAS ó EL CONTRATISTA descubren o encontraren en el lugar o sitio donde se construye la obra, condiciones especiales sustancialmente distintas a las indicadas en los planos o previstas en las especificaciones, circunstancias desconocidas de naturaleza especial que difieran sustancialmente de aquéllas inherentes a obras del carácter de la que preveen los planos y las especificaciones, el CONTRATISTA se abstendrá de alterar tales condiciones o circunstancias sin que antes la Interventoría tome la decisión correspondiente. Si ésta resuelve que ellas si son escencialmente diferentes a las previstas, se procederá a ordenar, con aprobación de LAS EMPRESAS, los cambios en los planos o en las especificaciones, previo convenio de los ajustes, tanto de costo como de plazo, o de uno de éstos, que de esos ambios puedan desprenderse, con observancia de los dispuesto en las cláusulas Cuarta y Sexta de este contrato. "..."

"*DECIMA SEPTIMA: Plazos para la iniciación entrega de las obras.*- EL CONTRATISTA se compromete a iniciar los trabajos dentro de los siete (7) días siguientes a la fecha en que LAS EMPRESAS le comuniquen por escrito la orden de empezarlos, lapso en el cual debe quedar legalizado este contrato y otorgada la garantía de que trata la cláusula Vigésima Primera, y se obliga a terminarlos completamente de la manera que sigue: La conducción Villa Hermosa -Tanque la Piñuela, en 165 días solares, y la conducción Berlín II Moscú II, en 135 días solares, ambos contados a partir del séptimo día después de recibida la orden escrita de LAS EMPRESAS. Como se trata de dos conducciones completamente diferentes, las órdenes podrán darse por separado o en forma simultánea. Este plazo no podrá variarse sino en los casos contemplados en las Cláusulas Quinta y Sexta, por fuerza mayor o caso fortuito, en los casos de la ley. Cuando se suspendan los trabajos por situaciones imprevistas no imputables a EL CONTRATISTA, por cambio en los planos o especificaciones o por fuerza mayor, o caso fortuito, la suspensiones no afectarán el costo de las obras, sino que darán lugar a una prorroga del plazo por un tiempo igual de la suspensión; para que EL CONTRATISTA tenga derecho a que se le considere una ampliación del plazo en los casos de las cláusulas antes citadas, es menester que antes se haya firmado el convenio correspondiente, como se establece en las mismas cláusulas. Si el valor total del contrato con base en las cantidades presupuestadas, computadas a los mismos precios unitarios estipulados en el Anexo a este contrato, excede de un diez por ciento (10%) o más del valor de éste, habrá lugar a una reconsideración del plazo por el exceso que esté por encima del diez por ciento (10%), la cual se estudiará tan pronto como se encuentre que el valor del contrato pueda exceder el límite anterior, de común acuerdo entre LAS EMPRESAS y EL CONTRATISTA. No se tendrán en cuenta en el cómputo anterior las obras extras, cuando **se haya convenido un plazo** para las mismas;

ni las obras adicionales por las cuales se hayan convenido un aumento de plazo". (fls. 132 y 142-143 Cdno N° 2).

SEGUNDA: Que el día dos (2) de enero de mil novecientos setenta y tres (1973), el jefe de la División Construcciones Medellín, dirigió al Ingeniero Salim Suz Kury, la nota que obra al folio 30 del cuaderno N° 4, en la cual le comunica, entre otras cosas, la siguiente: "...le solicito tomar este oficio como la órden para iniciar los trabajos de la conducción Villa Hermosa-Piñuela.

"Por lo tanto el plazo de 165 días para esta condición, comenzará a contarse a partir del día 9 de enero de 1973".

TERCERA: Que el dia dieciocho (18) de enero de mil novecientos setenta y tres (1973), el jefe División Construcciones Medellín, envió al Ingeniero Salim Suz Kury, en la cual le manifiesta:

"... le solicito tomar este oficio como orden para iniciar los trabajos de la conducción Berlín II-Moscú III.

"Por lo tanto, el plazo de 135 dias para esta conducción, comenzará a contarse a partir del día 26 de enero de 1973".

CUARTA: Que el día nueve (9) de mayo de 1973, el jefe de Departamento de Construcciones y Contratos de las Empresas Públicas de Medellín, dirigió a la División de Construcciones Medellín, de la misma empresa, el Memorando M-DCC-021, en el cual informa:

"...me permito ratificar lo informado a usted verbalmente, de que la Conducción Berlin II Moscú III se encuentra paralizada desde el viernes de la semana próxima pasada. Adicionalmente le comunico que la Conducción Villa Hermosa-Piñuela, fue suspendida en el día de hoy. Las anteriores obras han estado a cargo del Contratista Salim Suz Kury.". (C 2, fol. 54).

QUINTA: Que el día diez (10) de mayo de mil novecientos setenta y tres (1973), el Jefe de la División de Construcciones Medellín, de las Empresas Públicas de esta ciudad, dirigió el Dr. Salim Suz Kury, el oficio DCM-101, en el cual le manifiesta:

"... me permito comunicarle muy respetuosamente, que en vista de que usted abandonó las obras que ejecuta en la intalaciones (sic) de las Conducciones Villa Hermosa-Piñuela y Berlín II- Moscú III, son graves perjuicios no solamente para las Empresas, en los ervicios que administra, sino para los vecinos y el público en general, las Empresas van a acometer de inmediato las labores necesarias para normalizar las vías en los tramos que usted dejó iniciados.

"De acuerdo con nuestra División Jurídica, lo anterior no lo exonera a usted de las obligaciones contractuales vigentes en el contrato, ni le da derecho para ninguna reclamación.

"Si usted tiene en las obras algún elemento de su propiedad o materiales, necesitamos su información al respecto y su retiro inmediato, para evitar reclamaciones futuras.". (fl. 55 C 2).

SEXTA: Que el contratista, según el dictamen pericial que obra a folios 59 siguientes del Cuaderno N° 1, ejecutó y se le pagó obra así:

BERLIN II- MOSCU III

"Total obra ejecutada.....$		136.472.08
"Obra pagada según actas de:		
"Febrero 28/73 N° 1	$ 35.295.oo	
"Mayo 2/73 N° 2	85.173.70	120.432.70
"Saldo a favor del Contratista.....$		16.039.38"

VILLA HERMOSA - PIÑUELA

"Total obra ejecutada.....$		285.218.12
"Obra pagada según las actas de:		
"Febrero 28/73 N° 1	$ 134.055.45	
"Mayo 2/73 N° 2	112.931.40	
"Agosto 20/73 N° 3	6.610.28	253.597.13
"Saldo a favor del Contratista.....$		31.620.99"

SEPTIMA: Que el dia 21 de agosto de mil novecientos setenta y tres (1973), el Gerente General de las Empresas Públicas de Medellín, dictó la Resolución N° 103, por medio de la cual declaró la caducidad administrativa del contrato distinguido con el N° 2/DJ-4.593/20, por haber abandonado el contratista "... las obras, aduciendo razones que no se ciñen a la realidad, dejando en grave peligro otras estructuras de las Empresas y causando, además, graves perjuicios a los vecinos y a la ciudadanía en general. Ha incumplido, también, en el pago de salarios y prestaciones sociales debidas a los trabajadores vinculados a la ejecución del contrato."

OCTAVA: Que por Resolución N° 142 de 16 de Noviembre del mil novecientos setenta y tres (1973), el Gerente General de las Empresas Públicas de Medellín, denegó la reposición de la Resolución N° 103 de 21 de agosto del mismo año, por las razones que se recogen en el citado acto administrativo.

B) A la luz del acervo probatorio que se deja enlistado, y del que sea menester valorar a los largo de esta providencia, la Sala entra a definir el presente conflicto

de intereses, anticipando sí que revocará las resoluciones impugnadas, pues la declaratoria de caducidad se hizo cuando el término del contrato ya se había agotado. En efecto: si el plazo de 165 días, para terminar la conducción Villa Hermosa -Piñuela, se inició el 9 de enero de 1973, él venció el veinticuatro de junio del mismo año. Y si el de la conducción Berlín II- Moscú III, empezó a correr el 26 de enero de 1973, es obvio concluir que los 135 días terminaron el once (11) de junio de 1973. Esta realidad indica que para el veintiuno (21) de agosto del citado año, cuando se dictó la Resolución Nº 103, que declaró la caducidad, ya no podía la administración hacer uno de tal facultad exorbitante. En esta materia la Sala reitera la pauta jurisprudencial que se recoge en sentencia de 28 de junio de 1984, Expediente 3096, Actor Aseguradora Grancolombiana S.A., Consejero ponente, Dr. José Alejandro Bonivento, en la cual, y en lo sustancial, se lee:

"3. Para la Sala no hay duda que la caducidad decretada por la entidad demandada, y contenida en la resolución 731 de 9 de julio de 1980, *desborda el marco de aplicación, en cuanto se profirió, tal como lo anotará la colaboradora fiscal, por fuera del plazo último acordado por las partes contratantes para la terminación, incluyendo, como es obvio, las prórrogas pactadas.*

" Como es bien sabido, y tal como lo ha venido sosteniendo esta corporación, la declaratoria de caducidad debe ser dictada por el ente público, dentro de la vigencia del término del contrato, puesto que el poder exorbitante produce pleno efecto mientras el negocio jurídico tiene la fuerza de vinculación plena, de suerte que le permite a la administración acudir a la cláusula en mención, como prerrogativa propia, para aniquilar el contrato. Y la razón es elemental: en el ámbito de la contratación administrativa sólo cuando el vínculo negocial ofrece toda su fuerza, la entidad pública, por razones superiores, que no pueden ser otras que el interés general, y las necesidades de la vida administrativa, puede vulnerar el contrato, sin causa distinta a las mismas que se aducen como procedentes para tal efecto." Subrayas de Sala).

La misma prespectiva jurídica se recogió en providencia de esta Sala, calendada el dia 14 de agosto de 1986, Expediente 4927, Consejero Ponente, Dr. Jorge Valencia Arango, en la cual se precisa:

"Tanto el recurrente como el a-quo dan por sentado que no hay norma legal que impida el uso de la cláusula de caducidad una vez terminado el contrato y simplemente afirman que esa es la jurisprudencia reiterada de esta Sala.

"Al respecto conviene aclarar que esa tesis no es afirmación pretoriana de esta corporación, sino la aplicación de las previsiones contenidas en los arts. 60 a 64 y 287, ord. 1°., del Decreto-ley 222 de 1983.

"En sentido etimológico, llámese caducado, del latín *caducus*, a lo decrépito o muy anciano, lo poco durable.

"Se dice que ha caducado, de lo que ha dejado de ser o perdido su efectividad.

"Caducidad es la acción y efecto de caducar, acabarse, extinguirse, perder el efecto o vigor, sea por falta de uso, por terminación del plazo y otro motivo, alguna ley, decreto, constumbre, instrumento público, etc.

"La caducidad pertenece al campo del dejar de ser" (EDUARDO CORTES JUMENEZ, Enciclopedia Jurídica Omeba, tomo II, pág. 481.)

"En efecto, si "caducar" es "perder su fuerza una ley, testamento, contrato, etc.", según el Diccionario de la Real Academia, o "terminar", según el uso jurídico, pues la "caducidad" no puede ser sino la terminación unilateral del contrato, según decisión de la administración. Y como no se puede terminar lo que ya terminó, resulta obvio que no puede ejercerse la facultad unilateral de dar por terminado un contrato que ya terminó por cualquier causa, como es el cumplimiento de su objeto, el vencimiento del plazo pactado, el mutuo consenso, etc.". (LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA EN COLOMBIA, MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ, Doctrina jurisprudencia, Primera Edición, Libería Jurídicas Wilches, 1990, pág 138-139).

La verdad jurídica que se deja expuesta explica, en forma clara y suficiente, la causa, motivo o razón por la cual se anularán las resoluciones atacadas.

C) En el punto tercero del "*petitum*" se solicita que se restablezca el derecho perdido por el demandante, el cual se evidencia -se agrega- "... con la indemnizacion de todos los perjuicios ocasionados a éste por las Empresas Públicas de Medellín, tanto dentro del orden material como el moral y del pago de todas las sumas dejadas de pagar a éste por cualquier concepto originado en el contrato mencionado" (C 1, fol. 17 y 18).

Estudiada esta pretensión, a la luz de la ley y el derecho, la Sala encuentra que es verdad probada, pues así lo confiesa el apoderado de la parte actora en la demanda, que el CONTRATISTA, frente a las dificultades que se le presentaron en la ejecución de la obra, *la suspendió*. En el punto sexto de la *causa petendi* el procurador judicial del demandante dice:

"El contratista pidió a las Empresas la definición de los planos y proyectos definitivos y ante la negativa de ella, *ENVIO COMUNICACION EL DIA NUEVE (9) DE MAYO DE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y TRES (1973) BASADO EN LAS CLAUSULAS PRIMERA (1a.) TERCERA (3a.) Y CUARTA (4a.) DEL CONTRATO, AVISANDO QUE HASTA NO DEFINIRSELE EL PUNTO ANTERIOR Y POR TANTO REAJUSTABLE LOS PRECIOS POR LOS MAYORES VALORES Y COSTOS SUFRIDOS, TAL COMO LO PREVEIA EL CONTRATO EN LAS CLAUSULAS RESEÑADAS, SE ABSTENDRA DE CONTINUAR LA OBRA,* lo cual también consagraba las cláusulas convencionales. En carta del dia siguiente las Empresas Públicas por intermedio del Ingeniero Muñoz informó al contratista que debería retirar los

elementos y que ella asumiría la obra. Todo lo anterior sin una previa determinación de caducidad del contrato, sino mediante decisión unilateral de un funcionario subalterno de esa entidad, el Ingeniero Muñoz, y sin levantar un acta de obra realizada hasta ese momento por el contratista y que no hubiere sido pagada por Empresas tal como lo obligaba el contrato.". (Subrayas de Sala).

De la valoración del dictamen pericial, que para la Sala resulta muy completo e ilustrativo, se tiene que a lo largo de la ejecución de los trabajos se presentaron las siguientes dificultades:

"1a. "Debido a las fuentes pendientes que presenta el terreno, tanto en el sentido longitudinal como en el transversal, el transporte de la tubería y la movilización de la misma a lo largo de la zona, con calles especialmente angostas y difíciles para el movimiento de los vehículos (remolques), fue indudablemente uno de los capítulos más difíciles de la obra.".

"2a. "... el terreno en la zona aledaña o más próxima al tanque de Berlin, en el barrio de Aranjuez, es especialmente difícil de escavar, por tratarse de terreno rocoso, y además por los problemas que se tuvieron que presentar al tener que pasar la tuberia American Pipe por debajo de una quebrada y seguir luego paralelamente y muy próxima al lecho de la misma.".

"3a. "Los planos y proyectos no concordaban con el terreno en las proximidades de los tanques Berlín y Moscú. En concreto se pudo comprobar que los viaductos que aparecen en el proyecto entre las abscisas 1.341.56 a 1.353.72 y 160 al 170 no existen en el terreno. En las carteras de la localización también se encuentran algunas diferencias de niveles, especialmente en las zonas mencionadas. Con esto se está indicando, claramente, *QUE EXISTEN DIVERGENCIAS E INCONGRUENCIAS ENTRE PLANOS Y PROYECTOS CON EL TERRENO.*

"Además, dentro de los documentos del expediente, hay dos planos de modificaciones al proyecto, que nos afirman en este concepto; *ESTO INDICA EVIDENTEMENTE QUE NO SE PODIA EJECUTAR LA OBRA ESTRICTAMENTE CEÑIDA A LOS PLANOS ORIGINALES',* lo cual debió ser así, ya que menciona en forma explícita al finalizar el primer párrafo de la hoja número dos de la resolución N° 142 de las EE.PP. de Medellín, al *ADMITIR QUE HUBO ERROR EVIDENTE EN DISTANCIA".*

"4a. "...que la diferencia con otras redes de servicio causa serios trastornos en la obra, y si estos problemas no se resuelven en forma inteligente e inmediata, por parte de la interventoría, pueden llevar al fracaso total la obra y a pérdidas muy serias para el contratista."

En la aclaración del dictamen pericial, solicitada por la parte actora, los auxiliares de la justicia ilustran al fallador dentro del siguiente temperamento:

"a) "... el memorando M-DCC-025 de mayo/73, se refiere a cambios ordenados al contratista por las Empresas Públicas de Medellín, es decir, *QUE LAS FALLAS TECNICAS ANOTADAS CORRESPONDEN A LAS EMPRESAS Y NO AL CONTRATISTA."*

"b) "...referiéndonos a las comunicaciones DCM-110 de mayo 25/73, punto tercero; DCC-034 de feb/73 y DCC-048 de marzo se 1973, debemos manifestar que los cambios o modificaciones de un proyecto si son factibles, si tales cambios o modificaciones se ajustan a la técnica y las normas establecidas; *pero en las comunicaciones citadas no se dice expresamente porque se hicieron esos cambios ni en que forma quedaron instaladas las tuberías de acueducto respecto de otras redes y a la restante de las vías."* (Subrayas de Sala).

"c) "En cuanto a la segunda parte de la aclaración N° 3, y entendiendo que se refiere a las diferencias existentes entre los planos del proyecto y los planos de localización de la obra terminada, se debe aclarar que *ESTOS ULTIMOS NO EXISTEN Y QUE EVIDENTEMENTE SI HAY DIFERENCIAS ENTRE EL PROYECTO ORIGINAL Y LA OBRA EJECUTADA..."*

"d) *"...Sí eran de suma importancia las diferencias técnicas referentes a los cruces con las redes y conexiones domiciliarias del alcantarillado."* (Subrayas de Sala).

D) Dentro del universo que tiene el anterior dictamen pericial, y a la luz de lo expuesto por el Dr. Avendaño, en la Diligencia de Inspección Judicial, que tuvo lugar el día veinte (20) de octubre de mil novecientos setenta y siete (C 1, fol 42 y ss.ss), la Sala encuentra que el Contratista para ejecutar las obras, tuvo que hacerle frente a dificultades de todo género, que escapaban a su control. El citado profesional, que fue el proyectista e interventor de los trabajos, acepta que: *"REDISEÑO LA INSTALACION DE LA TUBERIA EN UNA DISTANCIA DE UNOS CUARENTA METROS EN PENDIENTE FORZADA..."* y que *"...EL NUEVO DISEÑO NO SE LO ENTREGO AL DR SUZ KURY SINO AL NUEVO CONTRATISTA..."*. En este momento del discurso se pregunta la Sala: Por qué causa, motivo o razón, el citado rediseño no se le facilitó al demandante, en forma oportuna, pero sí al nuevo contratista? En la interpretación de la conducta humana, que como reiteradamente lo ha dicho la Sala, resulta de mayor interés que la de la propia ley, situaciones como la descrita dejan mucho que desear. Y se afirma lo anterior, porque si bien es cierto que el actor debía cumplir las órdenes que le impartiera la administración. ora ordenado modificaciones.y variaciones en las obras proyectadas, ora modificando unilateralmente los términos del negocio jurídico, por razones de oportunidad o ceriveniencia, es igualmente incuestionable que el contratista no podía actuar contra la lógica de lo razonable, esto es, hacer mal las cosas que se le ordenaban,simplemente porque recibían una ORDEN. En estas materias se impone un manejo fluído, flexible, que permita, no el triunfo de tésis o antitésis, pero si de síntesis, esto es, de lo razonable. No tendría sentido que el final de la obra ésta resultara con vicios o defectos en su construcción, y que la

excusa fuera la que normalmente se estila: Cumplí órdenes. Con esta filosofía no puede ejecutarse ningún contrato, pues el profesional encargado de la obra tiene las responsabilidades que fluyen del ejercicio de su profesión, a las cuales no puede renunciar en ningún momento, so pena de responder por los daños causados.

En la contratación administrativa la perspectiva anterior tiene todo su universo, pues la comunidad exige que tanto la administración como el contratista hagan las cosas bien. Por algo se enseña que éste no es mas que un colaborador de la primera. Hacer las obras mal, simplemente porque se recibió una orden, es conducta irresponsable, que puede encuadernarse dentro de la filisofía que informa el dolo.

En la definición de este conflicto de intereses resulta determinante el dictamen pericial. Los auxiliares de la justicia destacan que hubo capitulos muy difíciles en la ejecución de la obras, y que los planos y proyectos no concordaban con el terreno en las proximidades de los tanques Berlín y Moscú: Que se registraron *DIVERGENCIAS E INCONGRUENCIAS ENTRE PLANOS Y PROYECTOS CON EL TERRENO*, motivo por el cual *NO SE PODIA EJECUTAR LA OBRA ESTRICTAMENTE CEÑIDA A LOS PLANOS*. Y concluyen diciendo:

> "... la interferencia con otras redes de servicio causa serios trastornos en la obra, y si estos problemas no se resuelven en forma *INTELIGENTE e INMEDIATA*, por parte de la interventoría, pueden llevar *al fracaso total de la obra y a pérdidas muy serias para el contratista.*" (Subrayas de Sala).

Frente a esta realidad, la Sala da por probado, que el caso sometido a su consideración y definición, es uno de los muy pocos que se registran, en que el CONTRATISTA puede suspender la obra mientras no se le definan aspectos técnicos sustanciales, para la mejor realización de la misma. Sobre la materia la Sala reitera la pauta jurisprudencial que fijó en sentencia de 31 de enero de 1991, Expedientes Acumulados Nº 4739 y 4642, Actor INCICON, en la cual se precisó:

> "...la sala se inclina por la tesis de quienes predican que la *exceptio non adimpleti contractus* sí tiene cabida en la contratación administrativa, pero no con la amplitud que es de recibo en el derecho civil, pues se impone dejar a salvo el principio del interés público que informa el contrato administrativo. El contratista, en principio, está obligado a cumplir con su obligación, en los términos pactados, a no ser por las consecuencias económicas que se desprenden del incumplimiento de la administración se genere una RAZONABLE IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIR para la parte que se allanare a cumplir, pues un principio universal de derecho enseña que a lo imposible nadie está obligado. No basta, pues que se registre un incumplimiento cualquiera, para que la persona que ha contratado con la administración por sí y ante sí deje de cumplir con sus deberes jurídicos. Así, y por vía de jemplo, si la administración está obligada a poner a disposición del contratista el terreno donde se ha de levantar la obra y no lo hace, o no paga el anticipo, cómo pretender obligar a la parte que con esa conducta se ve afectada a que

cumpla, así sea pagado por anticipado el precio de su ruina? A estos extremos no se puede llegar, pues los principios generales que informan la contratación administrativa, tales como el de la buena fe, la justicia, etc, lo impiden. Será el juez, en cada caso concreto, el que valorará las circunstancias particulares del caso para definir si la parte que puso en marcha la exceptio non adimpleti contractus se movió dentro del marco de la lógica de lo razonable o no."

E) Prosiguiendo con el estudio de las pretenciones, la Sala encuentra que el demandante aspira a que se ordene el pago "*... DE TODAS LAS SUMAS DEJADAS DE PAGAR....POR CUALQUIER CONCEPTO ORIGINADO EN EL CONTRATO...*"

De acuerdo con lo estipulado en la CLAUSULA DECIMA PRIMERA del contrato, el valor de éste debía resultar "...de multiplicar las cantidades de obra ejecutada por el CONTRATISTA y recibidas a satisfacción por LAS EMPRESAS, por los precios unitarios estipulados en el anexo a este mismo contrato, valor que para las obras allí especificadas se estima en la suma de UN MILLON DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS ($1.284.864.oo), aproximadamente, para la conducción Villa Hermosa-Tanque la Piñuela, y QUINIENTOS UN MIL CIEN PESOS ($501.100.oo), aproximadamente para la condición Berlín II - Moscú III. EL CONTRATISTA ejecutará, por lo tanto las obras previstas en el anexo hasta las sumas ya indicadas, pero éstas pueden aumentarse o disminuirse, en concordancia con la cláusula sexta."

Confrontada la anterior realida contractual, con el dictamen pericial, se tiene que en la conducción Berlín II Moscú III, el CONTRATISTA ejecutó obra por un monto de CIENTO TREINTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS CON OCHO CENTAVOS ($136.472.08) y se le pagó sólo la suma de CIENTO NUEVE MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y DOS PESOS CON SETENTA CENTAVOS,($120.432.70). Con lo anterior se quiere significar que al demandante se le debe, en este frente de trabajo, la suma de DIECISEIS MIL TREINTA Y NUEVE PESOS CON TREINTA Y OCHO CENTAVOS ($16.039.38), que se ordenará pagar, y que se considera debida desde el día dos (2) de Mayo de 1973, cuando se presentó la cuenta de cobro número dos (2).

En la conducción Villa Hermosa-Piñuela, se ejecutó obra por la suma de DOSCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS DIECIOCHO PESOS CON DOCE CENTAVOS ($285.218.12) y sólo se pagó la cantidad de DOSCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL QUINIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS CON TRECE CENTAVOS ($253.597.13), quedando así un saldo a favor del CONTRATISTA DE TREINTA Y UN MIL SEICIENTOS VEINTE PESOS CON NOVENTA Y NUEVE CENTAVOS($31.620.99), que se considera debida desde el dia veinte (20) de Agosto de mil novecientos setenta y tres (1973), cuando se presentó la cuenta número tres (3). Por ello se condenará al pago de las sumas indicadas, debiendo, el demandado reconocer intereses bancarios corrientes a partir de las fechas indicadas, y hasta la ejecutoria de este fallo, pero teniendo 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 interés bancario toma apoyo en lo preceptuado en el artículo 883 del C. de Comercio.

F) En la cláusula séptima del contrato se pactó que los precios unitarios indicados por el proponente se aplicarán durante el plazo de duración del Contrato y las prolongaciones a que hubiere lugar, y sólo admitirán variaciones de acuerdo con el sistema de reajuste expresado por la fórmula siguiente, para las dos conducciones..."

Al ocuparse de esta problemática los auxiliares de la justicia dicen:

"LA DIFERENCIA DE VALOR DE OBRA QUE RESULTA A FAVOR DEL CONTRATISTA NO HA SIDO REAJUSTADA Y SE HA CALCULADO DE ACUERDO A LOS PRECIOS PRIMITIVOS DEL CONTRATO" (C 1, fol. 62) (Subrayas de Sala).

En otro aparte del mismo trabajo, los peritos ilustran al fallador dentro del siguiente temperamento:

"El promedio de reajuste, en este tipo de obra es indeterminado, ya que estos reajustes dependen de las variaciones de costos de materiales y mano de obra que en nuestro país sufren altibajos repentinos y no obedecen a ninguna regla fija; además estos reajustes dependen en general de la fórmula pactada en cada caso particular. EN *EL PRESENTE CONTRATO EL REAJUSTE PROMEDIO ES DEL ORDEN DEL 3.65 MENSUAL, PARA EL PERIODO EN QUE SE TRABAJO EN LA OBRA"* (C 1, fol. 60 vuelto) (Subrayas de Sala).

Con apoyo en el dictamen pericial, la Sala condenará al pago del reajuste, dentro del universo que tiene el trabajo hecho por los auxiliares de la justicia. La condena se hace en concreto y queda así:

REAJUSTE DE $16.039.38

PERIODO.

Iniciación del plazo de 135 dias: Enero 26 de 1973

Suspensión de la obra: Mayo 9 de 1973.

Total: Reajuste por tres (3) meses trece (13) dias con el 3.65 mensual.....$ 2.010.01

REAJUSTE DE $31.620.99

PERIODO.

Iniciación del plazo de 165 días: Enero 9 de 1973

Suspensión de la obra: Mayo 9 de 1973

Total: Reajuste por cuatro (4) meses con el 3.65 mensual.....$ 4.616.64

La condena por dos mil diez pesos con un centavo ($2.010.01), devengará intereses bancarios corrientes a partir del diez de mayo de mil novecientos setenta y tres (1973), hasta la ejecutoria de este fallo.

La condena por cuatro mil seiscientos diez y seis pesos con sesenta y cuatro centavos ($4.616.64) devengará intereses bancarios corrientes a partir del diez (10) de mayo de 1973 y hasta la ejecutoria de este fallo.

A la cuenta de cobro se deberá acompañar el certificado expedido por la Superintendencia Bancaria, en que se haga constar el interés bancario corriente, por el período indicado, teniendo el buen cuidado de no cobrar intereses de intereses.

G) Se condenará, igualmente, al pago del lucro cesante, esto es, el monto de lo que el contratista dejó de ganarse por no haber podido concluir la obra.

Del dictamen pericial se desprende que: "...la obra ejecutada para terminar el contrato iniciado por el ingeniero José Salim Suz Kury ascendió a $1.719.355.90, un millón setecientos diez y nueve mil trescientos cincuenta y cinco pesos con 90/ 100 m/cte.." Igualmente, que: "...en la ejecución de las obras de este tipo el contratista logra utilidades no inferiores al 18% del valor de la obra ejecutada..." (C 1, fol. 63 y ss.ss).

Dentro del marco anterior se impone concluir que el demandante se privó de una ganacia de TRESCIENTOS NUEVE MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS CON SEIS CENTAVOS ($309.484.06) M/cte., que es el monto que resulta de liquidar el 18% sobre la suma de $1.719.355.90. Esa suma se considera debida desde el dia diez (10) de Mayo de mil novecientos setenta y tres (1973), esos es, a partir del momento en que la administración confió la terminación de la obra a otro contratista. Sobre este monto histórico se deberá pagar el interés bancario corriente, certificado por la Superintendencia Bancaria, por el período comprendido entre el 10 de Mayo de 1973 y la fecha de ejecutoria de esta sentencia. La condena se hace en concreto, y para su cobro bastará acompañar a la cuenta de cobro la certificación ya indicada. Se deberá tener el buen cuidado de no cobrar intereses de intereses.

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

FALLA:

PRIMERO: REVOCASE la sentencia calendada el día ocho (8) de agosto de mil novecientos setenta y cinco (1975), proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, por las razones dadas en los considerandos de este proveído, y en su lugar, RESUELVE:

A) ANULANSE las resoluciones números ciento tres (103), de 21 de agosto de 1973 y ciento cuarenta y dos (142) de dieciseis (16) de noviembre del mismo año, proferidas ambas por el Gerente General de las Empresas Públicas de Medellín, por las razones dadas en los considerandos de este proveído.

B) CONDENASE a las Empresas Públicas de Medellín a pagar al señor JOSE SALIM SUZ KURY, las siguientes sumas de dinero y por los conceptos que a continuación se precisan:

a) La suma de dieciseis mil treinta y nueve pesos con treinta y ocho centavos ($16.039.38) saldo pendiente de pago por la obra realizada en la conducción BERLIN II - MOSCU III, y que se considera debida desde el día dos (2) de mayo de 1973;

b) La suma de treinta y un mil seiscientos veinte pesos con noventa y nueve centavos ($31.620.99), saldo pendiente de pago por la obra realizada en la conducción Villa Hermosa -Piñuela, y que se considera debida desde el día veinte (20) de agosto de mil novecientos setenta y tres (1973);

c) CONDENASE a las Empresas Públicas de Medellín a pagar intereses bancarios corrientes sobre las sumas indicadas en el punto segundo de este fallo, los cuales correrán desde el dos (2) de mayo de 1973 y el veinte (20) de agosto del mismo año, y hasta la ejecutoria de esta sentencia. La condena se hace en concreto y para su cobro bastará acompañar el certificado expedido por la Superintendencia Bancaria sobre el monto del interés corriente, año por año, teniendo el buen cuidado de no cobrar intereses de intereses.

d) CONDENESE a las Empresas Públicas de Medellín a pagar al señor JOSE SUZ KURY la diferencia del VALOR DE OBRA, dentro del marco descrito en los considerandos de este proveído, esto es, la suma de DOS MIL DIEZ PESOS CON UN CENTAVO ($2.010.01) y CUATRO MIL SEISCIENTOS DIEZ Y SEIS PESOS CON SESENTA Y CUATRO CENTAVOS ($4.616.64).

Sobre estos montos se deberán pagar intereses bancarios corrientes desde el dos (2) de mayo de mil novecientos setenta y tres (1973) para la primera partida y

desde el veinte (20) de agosto del mismo año para la segunda partida, los cuales se percibirán hasta el momento de quedar ejecutoriado este fallo.

e) CONDENESE a las Empresas Públicas de Medellín a pagar al señor JOSE SALIM SUZ KURY, por concepto de lucro cesante, con el universo que se fijó en los considerandos de este fallo, la suma de TRECIENTOS NUEVE MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS CON SEIS CENTAVOS ($309.484.06), la cual se considera debida desde el dia diez (10) de mayo de mil novecientos setenta y tres (1973). Sobre el referido monto histórico se deberán reconocer intereses comerciales corrientes desde el dia diez (10) de mayo de 1973 y hasta el momento de la ejecutoria de esta sentencia, teniendo el buen cuidado de cobrar intereses de intereses. La condena se hace en concreto, y para su cobro bastará acompañar los certificados expedidos por la Superintendencia Bancaria, de cuya lectura se desprenda el monto del interés a lo largo del período relacionado.

f) Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

g) A este fallo se le dará cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C. Administrativo. Expídanse las copias respectivas de la sentencia, con constancia de su ejecutoria, haciendo precisión sobre cuál de ellas resulta idónea para la efectividad de los derechos reconocidos.

SEGUNDO: Ejecutoriada la presente sentencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Daniel Suarez Hernández, Presidente de la Sala, *Juan de Dios Montes Hernández, Carlos Upegui Zapata*, Conjuez, *Julio César Uribe Acosta,*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

NOTA DE RELATORIA: Se reitera sobre el punto lo dicho en sentencia de junio 28 de 1984, Exp. 3096, Actor: Aseguradora Grancolombiana S.A., Ponente: Dr. JOSE ALEJANDRO BONIVENTO F. y sentencia de 14 de agosto de 1986. Exp. 4927, Ponente: Dr. JORGE VALENCIA ARANGO.

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA-Allanamiento/ **PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

La muerte fue ocasionada por las fuerzas de policía en momentos en que la victima se encontraba dedicada a las labores de vigilancia de una parcela. Resulta inusitado, por decir lo menos, que diez unidades de la policía nacional no hayan sido capaces de cumplir la orden de allanamiento que les dió el Juzgado, dentro del marco de requisitos que se precisan en la providencia que lo ordenó. La diligencia tuvo lugar en un dia distinto al autorizado y en horas que no son hábiles, con lo cual se contrario el mandato de la autoridad judicial. Aceptando que el occiso disparó su escopeta, comportamiento que es de recibo cuando se vigilan de noche los cultivos, de ello no puede inferirse que la conducta de la victima fuera de ataque. Un disparo de escopeta, hecho dentro del marco fáctico de que da cuenta el proceso, no es amenaza grave contra la vida de nadie. Por ello no es de recibo la tesis de que el personal policivo "reaccionó" haciendo uso de las armas de dotación oficial. En derecho, la reacción tiene que ser proporcionada a la agresión, para que tenga recibo jurídico.

PERJUICIOS MORALES-Tasación/**EQUIDAD**

En la fijación del monto de los perjuicios morales, el Juez es soberano, debiendo guiarse si, en cada caso, por la equidad que es la justicia del caso concreto. No se puede aspirar siempre a que sea una suma fija la que corresponde a los hermanos, pues el derecho repele el manejo matemático de las diferentes situaciones fácticas.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección tercera.- Santafé de Bogotá D.C., abril dos (2) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Dr. Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente N° 6854

Actor: Luis Anibal Marin Muñoz. Demandado: La Nación-Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional.-

- I -

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por el procurador judicial de la parte actora, contra la sentencia calendada el día dieciocho (18) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, que en su parte resolutiva, *DISPUSO:*

"Por falla en el servicio, declárase administrativamente responsable a la NACION COLOMBIANA (Policía Nacional), por los perjuicios materiales y morales causados como consecuencia de la muerte del señor GERARDO DE JESUS MARIN PELAEZ, en los hechos narrados en el libelo demandatorio.

"Como consecuencia de lo anterior, condenáse a la NACION (Policía Nacional) y en favor de MARIA CONSUELO MARTINEZ DE MARIN (Esposa) y de sus hijos LUDY NAYANESE, GERARDO ADRIAN Y DIEGO ALEXANDER MARIN MARTINEZ, a pagar los perjuicios materiales, en abstracto, con sujeción a las pautas señaladas en la parte motiva de esta providencia. Su liquidación se someterá al trámite previsto en los artículos 307 y 308 del Código Adjetivo Civil.

"Por concepto de perjuicios morales, LA NACION COLOMBIANA (Policía Nacional), pagará los siguientes valores:

"a) A la señora MARIA CONSUELO MARTINEZ PELAEZ y a sus hijos GERARDO ADRIAN LUDY NAYANASE y DIEGO ALEXANDER MARIAN MARTINEZ, la cantidad en moneda colombiana, equivalente a un mil gramos oro (1000) a cada uno, según certificación del Banco de la República.

"b) A la señora BLANCA INES PELAEZ GIL (madre) la cantidad, en moneda colombiana, equivalente a un mil (1000) gramos oro, según certificación del Banco de la República.

"c) Al señor LUIS ANIBAL MARIN MUÑOZ (padre), la cantidad, en moneda colombiana, equivalente a quinientos (500) gramos oro, de acuerdo cerficación del Banco de la República.

"d) A BLANCA MARICELLY, ABELARDO y EDGARDO MARIN PELAEZ(hermanos) la cantidad, en moneda colombiana, equivalente a

doscientos cincuenta (250) gramos oro a cada uno, de acuerdo a la certificación del Banco de la República.

"La certificación que expida el Banco emisor será a la fecha de ejecutoría de esta sentencia.

"LA NACION (Policía Nacional) deberá pagar dentro de los términos indicados en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

"CONSULTESE con el H. Consejo de Estado la presente sentencia si no fuere apelada.". (197-198 Cdno N° 1).

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

"A Despacho de esta Sala Penal, para prelación decisoria de mérito, se encuentra el proceso que en acción de reparación directa promoviera el señor LUIS ANIBAL MARIN MUÑOZ Y OTROS, mediante legisperito, contra LA NACION COLOMBIANA (Ministerio de Defensa -Policía Nacional), expediente con número de radicación 77-44, tendiente a lograr la reparación de perjuicios por la muerte del señor GERARDO DE JESUS MARIN PELAEZ, en hechos ocurridos el siete (7) de septiembre de 1985.

"Toda la actuación procesal se ha rituado conforme a las reglas adjetivas que le son propias sin que se observe causal alguna que pueda anular lo actuado, razón suficiente para proferir sentencia.

"I) LAS PARTES:

"La parte accionante está conformada por las siguientes personas: LUIS ANIBAL MARIN MUÑOZ y BLANCA INES PELAEZ en su condición de padres del occiso; BLANCA MARICELLY, JORGE ABELARDO y EDGARDO MARIN PELAEZ como hermanos; MARIA CONSUELO MARTINEZ DE MARIN. esposa; LUDY NAYANESE, GERARDO ADRIAN y DIEGO ALEXANDER MARIN MARTINEZ, hijos de la víctima. quienes demuestran su parentesco con los registros civiles respectivos obrantes a Fls. 1 a 9 del cdno 1. La defunción se acreditó con el registro civil de fl. 10 ibídem. Los padres conferidos al patrocinador judicial reposan de fls. 11 a 15 también del cdno del ocho ppal.

"La parte accionada, como ha quedado dicho, es LA NACION, Ministerio de Defensa-Policía Nacional, que estuvo debidamente representada mediante mandatario judicial.

"II) PETITUM DEL ACTOR:

"Los demandantes ruegan de la Corporación haga los pronunciamientos que refieren en el capítulo I) del libelo demandatorio (Fls. 17 a 20 ibídem), y que la Sala resume así:
"1) Que se declare responsable administrativamente a la NACION COLOMBIANA (Ministerio de Defensa-Policía Nacional), de la totalidad de daños y perjuicios (materiales y morales) ocasionados a los poderdantes con la muerte de GERARDO DE JESUS MARIN PELAEZ sucedida el día siete (7) de septiembre de 1985 según se dice, "a manos de miembros de la Policía Nacional, quienes adelantaban un operativo, utilizando para el efecto armas de dotación oficial y actuando en ejercicio de funciones judiciales";

"2) Que se condene a la NACION y en favor de la esposa e hijos, o a quienes representen sus derechos, a pagar los perjuicios materiales (lucro cesante) en los términos solicitados;

"3) Que se condene a la misma entidad a pagar en favor de la esposa, hijos, padres y hermanos antes identificados, o a quienes sus derechos representen, los daños y perjuicios morales ocasionados con la muerte del esposo, padre, hijo y hermano, "atendiendo el dolor, la aflicción que produce un hecho de esta naturaleza, máxime cuando es el producto de la intervención policial...", equivalente a un mil gramos (1000) oro fino de acuerdo a la certificación del Banco de la República, para cada uno de los actores.

"4) Finalmente se piden intereses a favor de los demandantes aumentados de acuerdo a la variación del promedio mensual del índice de Precios al Consumidor desde la fecha de la sentencia hasta el pago se haga efectivo.

"III CAUSA PETENDI

"La parte accionante ha sustentado la acción en los siguientes hechos y omisiones que la Corporación sintetiza de la siguiente manera:

"El siete (7) de septiembre de 1985 siendo las 4:00 a 4:30 Antes Meridiano llegaron hasta la finca propiedad de la familia MARIN PELAEZ, ubicada en paraje rural de Viterbo (Caldas), varios Agentes de la Policía Nacional con el fin de dar captura a individuos que se habían fugado de la Cárcel de la misma localidad. Tales miembros de esa fuerza armada fueron ROMERO MENDOZA EFRAIN GUILLERMO (Comandante Subteniente), MEJIA GARCIA GILDARDO, CASTILLO ARANGO MARCO ANTONIO, CASTRILLON MARTINEZ WILLIAM, VELASQUEZ SAMUEL, HERNANDEZ MORALES JORGE ELIECER (Agentes); BECERRA BEDOYA JOSE GERARDO, GUTIERREZ VALENCIA ROGELIO DE JESUS, CUELLAR CARDONA JOSE MANUEL y RETREPO LOAIZA JOSE JESUS (del F-2). Una vez en el sitio, los Agentes "fusilaron a uno de

sus habitantes, y luego indicaron la razón de su presencia,...". El muerto respondía al nombre de GERARDO DE JESUS MARIN PELAEZ quien en ese momento se dedicaba a las labores de vigilancia en el predio pues venían siendo hurtados varios productos de la finca, para cuya labor tenía en su poder, incluso al momento de su deceso, una escopeta "hechiza y algunos proyectiles". Dentro de la actuación policiva, según de denuncia, fueron también maltratados todos los moradores del predio e incluso fueron retenidos tres ciudadanos, entre ellos LUIS ANIBAL MARIN MUÑOZ y ORLANDO PELAEZ, negándose a la vez un posible enfrentamiento entre la víctima y la autoridad. Se hace conocer ingualmente que el occiso había nacido el 25 de noviembre de 1959, por lo que al morir tenía 26 años y dos (2) meses aproximadamente y una esperanza de vida de 25 años de acuerdo a dictámen médico-legal; era el mayor de los hermanos y había contraído matrimonio con MARIA CONSUELO MARTINEZ el tres (3) de octubre de 1977 en el cual se procrearon los hijos ya identificados. Se señala, además, que los actores y la victima vivían en la misma parcela para entre todos "arrancarle a la tierra, el fruto diario, en una comunidad familiar pocas veces vista". Se anota igualmente que la profesión del difunto era la de un Agricultor, devengaba el salario mínimo legal que deberá actualizarse por los efectos del fallo y que destinaba al sostenimiento de su esposa e hijos, quienes al parecer quedaron sometidoa al absoluto desamparo económico por la trágica muerte de Marín Peláez.

"A partir del hecho 15° hace una pormenorizada relación de perjuicios y la forma como deben liquidarse a los actores, estimado que en los daños materiales debe diferenciarse la INDEMNIZACION CONSOLIDADA Y LA INDEMNIZACION FUTURA. Deduce la parte accionante la Responsabilidad del Estado por "los hechos; al personal que intervino en el procedimiento; a la actuación desarrollada; al uso de las armas oficiales; al ejercicio de funciones oficiales; los hallazgos del experto forence.". (Fls. 20 a 28 Cdno 1)."..."

"VIII) CONSIDERACIONES DE LA SALA:

"De acuerdo al planteamiento del problema nos encontramos presumiblemente frente a un caso típico de responsabilidad extracontractual del Estado conocido ella por los doctrinantes y la misma jurisprudencia como "culpa, falta o falla del servicio", y es lo que convoca a esta Sala Múltiple a examinar los elementos de juicio presentados para prolongarlos con los esquemas normativos que identifican la prementada responsabilidad y finalmente concluír si la hubo o no.

"Para que se dé la responsabilidad administrativa deben reunirse tres elementos esenciales que determinan su configuración a saber: a) Una actuación de la Administración; b) Un daño; c) Una relación de causalidad entre la actuación de la administración y el perjuicio causado.

"a) LA ACTUACION DE LA ADMINISTRACION

"La actividad de la administración (Policía Nacional) se originó en un proveído del juez 14 de Instrucción Criminal con sede en Viterbo (Caldas), datado seis de septiembres de 1985, en cuya parte resolutiva se dispuso:

"1°. Decretar el ALLANAMIENTO Y REGISTRO de la residencia de la familia Marín Peláez, ubicada en la vereda 'El Socorro' de este municipio, con el fin de lograrse la captura de SILVIO RAMIREZ PARIÑO (sic) (a' Piquiña'). De ser hallados allí los hermanos Luis Abel y Luis Hernando Marín Peláez -sic- serán puestos a disposición de la autoridad que adelante las sumarias contra los mismos.

"2°. Tal diligencia se llevará a cabo por la Policía de ese municipio, en horas hábiles del dia de hoy viernes, para lo cual se oficiará en tal sentido.

"3°. De las armas, documentos y demás objetos incautados se hará un minucioso inventario y se dará copia de ello al interesado que lo solicite.

"Cúmplase.

"El Juez, MARIO GOMEZ IDARRAGA (Fdo)

"..."(Fls. 9 y 10 cdno pruebas parte actora).

"De acuerdo a un informativo policial suscrito por el Subteniente ROMERO MENDOZA EFRAIN GUILLERMO de fecha septiembre siete (7) de 1985 en respuesta al oficio N° 00141 de septiembre 6 de 1985 (numeral 2 del auto anterior) y dirigido al Juez 14 de Instrucción Criminal, se manifestó:

"Al trasladarme en la mañana del dia de hoy a las veredas -sic- 'El Socorro' y 'La Julia' de esta jurisdicción, acompañado de varias de las unidades a mi mando y con el fin de llevar a cabo las diligencias de allanamiento y registro a la residencia de la familia Marín Peláez, y siendo las seis antes meridiano, una vez en ese inmueble, se informó de los motivos de la diligencia a los allí presentes, quienes accedieron a que se llevara a cabo. Luego de inspeccionar la casa, pudimos observar que se alejaban de la misma, en dirección a un monte cercano, dos personas en forma sospechosa, con tiros al parecer de escopeta que provenían de fuera de la vivienda donde se practicaba el registro. En ese momento el personal reaccionó, haciendo uso de las armas de dotación oficial, hacia el lugar de donde provenían los disparos. Una vez cesó el fuego nos encaminamos al lugar de donde se nos había disparado, pudiendo constatar que allí se encontraba una persona sin vida, armada de una escopeta niquelada y que luego se constató correspondía al nombre de GERARDO MARIN PELAEZ, hermano de los dindicados de Homicidio y Fuga de Presos Luis Abel y Luis Hernando. El cuerpo de Gerardo se halló a unos diez pasos de la residencia allanada.

"La escopeta hallada al lado de occiso, y que había sido accionada por el mismo, no tiene marca visible =al parecer hechiza= .... dentro de la cual se halló una vaina color amarillo, marca 'indumil'.

"El cadáver presenta cinco impactos con arma de fuego en distintas partes del cuerpo.

"Igualmente, se encontraron tres cartuchos -sic— para la misma escopeta, en uno de los bolsillos del pantalón de la víctima.

"Se obtuvo conocimiento, una vez terminado este procedimiento, que efectivamente allí se encontraban los hermanos Luis Abel y Luis Hernando Marín -sic-, quienes al percatarse de nuestra presencia, emprendieron la retirada y que Gerardo -sic- (el occiso) quizo -sic- cubrir la retirada de aquellos haciendo uso de la referida escopeta-sic-.

"...". (Fls. 11 y 12 cdno pruebas parte actora).

"Por su parte, a fls. 38 ídem, aparece la respuesta a los exhortos números 698, 705 721 de este Tribunal con la que se remite fotocopia de dos hojas (Fls. 36 y 37 cdno ídem) de los libros de población, minuta de vigilancia y de guardia "respecto a los hechos en que perdiera la vida GERARDO DE JESUS MARIN PELAEZ", en donde figuran las horas de salida y regreso de los Agentes que participaron en el operativo. En el mismo oficio, de fecha septiembre 15 de 1988, manifiesta el Comandante de la Estación de Policía de Viterbo: "... no sé decirle que personal intervino en dicho procedimietno y menos quienes estaban de civil y quienes no, esto por no encontrar archivos -sic- en donde figure lo que usted me solicita".

"En esas hojas de Población, Minuta de Vigilancia y Guardia (fotocopia) aparecen las siguientes constancias:

"07-09-85-05:00 OPERATIVO. A esta hora salgo para la vereda El socorro finca la julia finca de la familia Marín -sic- fin dar captura a los sujetos Luis Abel y Luis hernando Marin -sic- quienes según informaciones se encuentran a esta hora allí. Operativo ordenado por el Cdte del Distrito. personal 1-0-9.

"07-09-85-06:00 R-OPERATIVO. A esta hora regreso -sic- el Personal teniendo como novedad el allanamiento ordenado por el juzgado -sic- 14 inscriminal fuimos atacados desde afuera de la casa por el sujeto Gerardo Marín -sic- quien fue dado de baja. Se practico -sic- el levantamiento y a Gerardo Marin -sic- se le encontro -sic- una escopeta cromada hechisa -sic- un cartucho quemado en la recamara -sic- y 3 del mismo calibre en el bolsillo".

De anterior texto,en manuscrito, corresponde al parecer al puño y letra de una persona.

"Reposa asimismo, a fl. 64 ídem, escrito también en fotocopia de fecha noviembre 25 de 1985, como respuesta al oficio N° 0663/UINS-787, dirigido aquel al Juez 61 de Instrucción Penal Militar de Manizales en el que se relaciona las personas adscritas a la Policía Nacional que intervinieron en el operativo en que perdió la vida el señor GERARDO MARIN PELAEZ, que coinciden con los referidos en la demanda (hecho 2). El escrito está firmado por el Comandante de la Estación de Policía de Viterbo.

"b) EL ESTROPICIO O DAÑO:

"A fl 3 del cuaderno de pruebas parte actora se encuentra fotocopia de la diligencia de necroscopia praticada al occiso GERARDO MARIN PELAEZ suscrita por el médico Legista Jorge Hernán Botero en donde éste concluye que su muerte se debió a "anemia aguda causada por la heridas -sic- por arma de fuego", consignado o mejor pronosticando que la supervivencia aproximada sería veinticinco (25) años. Dicha necroscopia se verificó en el Hospital de San José de Viterbo el dia siete (7) de septiembre de 1985.

"No admite duda de acuerdo con lo pretranscrito, que la muerte del señor GERARDO DE JESUS MARIN PELAEZ, acaecida en los disparos que le propinaron funcionarios de Policía que intervinieron en el operativo realizado en la misma fecha consistente en el ALLANAMIENTO Y REGISTRO de la residencia de la familia Marín Peláez ubicada en la vereda "El Socorro" de Viterbo, y que había sido decretado por el Juez 14 de Instrucción Criminal con sede en la misma municipalidad. El hecho se corrobora con la diligencia de levantamiento del cadáver del señor MarínPeláez que obra a fls. 1 y 2 cdno pruebas P.Actora. A fl. 52 ídem aparece el Registro Civil de Defunción del señor Gerardo de J. Marín P., en donde se especifica:

"... en el Municipio de Viterbo, Departamento de Caldas, República de Colombia, a los siete (7) dias del mes de septiembre de 1985 se presentó, Julio Piedrahita y manifestó que a las 6 A.M. del dia 7 de septiembre de 1985, murió el señor: GERARDO DE JESUS MARIN PELAEZ, de sexo masculino, a la edad de 26 años, natural de Viterbo Caldas, de Estado Civil Casado y que su última ocupación fue la de agricultor y que la muerte ocurrió en La Julia. Vereda de Viterbo Caldas, que es hijo legítimo de : Luis Anibal Marín y Blanca Inés Peláez, herida con arma de fuego que la certificó el Doctor: Jorge Hernán Botero.- El Notario que autorizó el Registro: LUIS EDUARDO MONTES A.

"...

"LUIS EDUARDO MONTES A. (Fdo).

"Notario".

"c) RELACION D E CAUSALIDAD

"Resulta también incontrovertible señalar que la muerte de GERARDO DE JESUS MARIN PELAEZ fue resultado del operativo ya conocido, lo que está respaldado por el informativo policial que le enviara el Comandante de la Estación de Policía de Viterbo, y Comandante también del operativo, al Juez 14 de Inscriminal con asiento en la misma providencia (Fls. 11 y 12 ídem), lo mismo que por otros documentos y testiminios recopilados sobre los hechos los que a pesar de haber sido rendidos por parientes del difunto ello no muta, cambia o desintegra el anexo causal existente entre el operativo (actuación administrativa) y el daño (muerte de Gerardo de Jesús Marín Peláez).

"No es del caso entrar a analizar el comportamiento, bueno, regular o malo de los uniformados dentro de la Institución a que pertenecen y que intervinieron en la operación, entrer otras cosas porque lo que ahora se examina es la responsabilidad objetiva de la administración que es ajena a las actitudes beligerantes o de indisciplina en que hubiesen incurrido. Lo cierto es que el operativo se realizó, prima facie, por fuera de lo ordenado en la providencia del Juez 14 de Instrucción Criminal de Viterbo, es decir, en horas no autorizadas en el proveído pues este dispuso que se verificara las horas hábiles del viernes seis (6) de septiembre de 1985, que se entendía hasta las siete de la noche (19:00 horas) del mismo dia según las voces del Art. 356 C.P.Penal y no como sucedió al dia siguiente no importando la hora en que se hubiere realizado. La aparente contradicción entre los testimonios arrimados al proceso en que refiere que la incursión se presentó entre las tres y media y cuatro de la mañana del dia siete (7) de septiembre del mismo año, en nada cambia el criterio de que el plan ejecutado y que a la postre resultó frustado fue extemporáneo.

"Es preciso también aclarar que a pesar de no existir coincidencia en cuanto al sitio de la muerte del señor MARIN PELAEZ, que se ha establecido uno en el Registro Civil de Defunción, otro en el auto que decretó el allanamiento y registro y uno más en el documento que contiene la diligencia del levantamiento del cadáver, todo indica que se trata de la misma persona fallecida en el operativo conocido (GERARDO DE JESUS MARIN PELAEZ) sí hay otros elementos que guían hacia el municipio donde ocurrió (Viterbo), la ubicación del predio (rústico), la fecha de los hechos, la identidad de los padres, etc.

"Con lo anterior se colige que se encuentra suficientemente probado: a) Que fue personal de la Policía el que intervino en el allanamiento. b) Que éste se realizó desatendiendo a los extremos temporales autorizados en la decisión judicial. c) Que las armas utilizadas en el operativo fueron de dotación oficial tal como lo asevera el Comandante del operativo ST. EFRAIN GUILLERMO ROMERO MENDOZA en la declaración que obra a fls. 38 y 39 cdno pruebas parte impugnante cuando dice:

"...Cuando llegamos al sitio entramos a la casa y le informamos a los habitantes la misión que ibamos -sic- a cumplir, enseñándoles la orden de allanamiento expedida por el Juez 14 de Instrucción Criminal de Viterbo. En

esos momentos oímos unos ruidos -sic- fuera en el cafetal y el personal que estaba fuera observaron que se alejaban dos personas y cuando fuimos -sic- a salir en su persecución, la patrulla fue atacada con tiros al parecer de escopeta y *como es lógico todos reaccionamos haciendo uso de las armas de dotación oficial para defendernos.* Una vez cesó el fuego nos encaminamos al lugar de donde nos habían disparado y encontramos un hombre sin vida y con él se encontraba una escopeta niquelada, luego constatamos que dicha escopeta...había sido disparada y que el sujeto muerto se trataba de GERARDO MARIN PELAEZ". Anota además que todos los que participaron en el allanamiento dispararon; d) Que el occiso respondía al nombre de GERARDO DE JESUS MARIN PELAEZ.

"Todo ello demuestra también el "nexo instrumental" a que tantas veces se ha referido el H. Consejo de Estado cuando halla causalidad entre las armas, de por sí peligrosas, y el servicio oficial que presta el personal de la institución como la demandada

"De lo hasta aquí discurrido y examinadas las disposiciones invocadas por la parte actora como protectoras del derecho vulnerado fundamentalmente debemos acogernos, en toda su extensión al contenido de los artículos 16,20,23 y 51 de nuestro ordenamiento constitucional; 1,29,30,79,.80 del Código Nacional de Policía (Decreto 1355 de 1970). Pero la parte querellante ha invocado igualmente el Decreto 50 de 1987 (Código de Procedimiento Penal), que para la época de los acontecimientos no estaba vigente pues lo era el Decreto 409 de 1971; sin embargo los artículos de esta obra por él citados se relacionan también con el allanamiento.

"Así mismo estima la Sala que son de forzosa aceptación y aplicación los artículos 355 y ss del C.P.P.; 64 (c), 73 y 74 del Reglamento de Servicio de Vigilancia Urbana y Rural para la Policía Nacional (Resolución Nº 00167 de 1961).

"La parte accionada ha querido justificar la agresión policíva con las presuntas actuaciones de ataque de que fue víctima el personal del operativo, pero también ha sido clara la jurisprudencia en plúralismos pronunciamientos, para la Sala discutibles, que alegar la legítima defensa no es compatible con los fenómenos de la responsabilidad estatal, máxime cuando hay evidencias en el sentido que el grado superlativo de inferioridad en que se encontraba el señor GERARDO DE JESUS MARIN PELAEZ no ameritaba, a nuestro juicio, una reacción tan desproporcional como la presentada, pues hay certeza que lo disparado por el hoy occiso ni siquiera fue a manera de ráfaga sino un solo disparo que no causó lesión alguna a las autoridades presentes y lo que estas debieron hacer era acudir a mecanismos no violentos entes de la utilización de las armas de dotación (Art. 119 lit. q) del Decreto 1835 de 1979.

"Huelga la pena trasuntar parráfos importantes de un pronunciamiento del H. Consejo de Estado que nos ilustra sobre el aspecto de la legítima defensa en los campos del Derecho Penal y Administrativo:

"...La causal de exculpación aceptada (légítima 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 ramas 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. (Lineas de texto).

"...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 reponsabilidad pero no de la del ente público a que pertenece.

"...No puede olvidarse -se repite- que una es la responsabilidad penal por los delitos o las culpa -sic- y otra la responsabilidad del Estado por falla del servicio. Mientras aquélla 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 frente esa falla, no varía el enfoque del asunto; como tampoco lo varía que esa conducta personal, por su lado, debe ser calificada penalmente. Quiere decir,entonces, que el hecho podrá juzgarse con sujeción a la ley penal si revela una conducta punible en el agente y podrá ser confrontado con las normas que regulan la prestación del servicio público como indicio de una -sic- mal funcionamiento de éste...". (Sentencia de octubre 14 de 1985. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera de 1985. Consejero ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Exp 4972. Actor: ARNULFO CASTILLO SIERRA. Extractos de Jurisprudencia Octubre de 1988. Págs. 1021 a 1038).

"Y decir que hubo información previa a los moradores sobre la operación de allanamiento y registro a la finca escenario de los hechos según manifestación de un funcionario público(Comandante de la Operación), a ella se oponen los testimonios concordantes de quienes ocupan en ese momento la finca, y si ello hubiese sido así, en gracia de discusión, no aparece demostrado el *consentimiento* de la persona presuntamente informada para colmar la exigencia del artículo 356 del anterir Código de Procedimiento Penal (Decreto 409 de 1971), por el contrario hubo violencia moral por parte de los uniformados tal como se desprende de la declaración de la señora BLANCA INES PELAEZ (Fl. 45 cdno Pruebas parte impuganante) rendida ante la Juez Promiscuo Municipal de Viterbo (Caldas) cuando dijo: "...Eran más o menos las cuatro y cuarenta más o menos (sic) de la mañana, dia sábado siete de septiembre del año pásado cuando llegó la ley o sea la Policía, unos uniformados y otros de civil y el Comandante de acá de Viterbo y solicitaron abrieramos -sic- las puertas por cuanto era la Policía o mejor, es la ley y si no dan orden de requisa los matamos a todos, entonces yo les dije que bien pudieran entrar y busquen lo que quieran...". Lo que importa basicamente en

el presente caso es la expontaneidad de la ejecución de la autorización judicial, y la desigualdad que mejor desproporcionalidad frente a la víctima y desatención al procedimiento que debe seguirse en estos eventos.
"Demostrada entonces, sin hesitación alguna, la responsabilidad del Estado, representado en La Nación-Policía Nacional, se pasa ahora a analizar lo concerniente a los perjuicios reclamados.

"PERJUICIOS MATERIALES"

"Como perjuicios de índole material se han suplicado de la siguiente manera por parte de algunos de los demandantes:

"...Condénese a la Nación Colombiana (Ministerio de Defensa Nacional y Dirección General de la Policía Nacional) a pagar a la sra. MARIA CONSUELO MARTINEZ DE MARIN (Esposa) y a sus hijos LUDY NAYANESE, GERARDO ADRIAN y DIEGO ALEXANDER MARIN MARTINEZ, o a quienes sus derechos representaren al momento del fallo, los daños y perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, actualizados a la fecha de su causación, hasta cuando se produzca la indemnización en la cuantía que resultare demostrada dentro del proceso con la muerte de su esposo y padre el Sr. GERARDO DE JESUS MARIN PELAEZ, ocurrida el 7 de septiembre de 1985, en Viterbo (Caldas), Vereda...(sic).

"El pago de los perjuicios se hará teniendo en cuenta la Variación Porcentual del indice Nacional de Precios al Consumidor, entre las fechas de causación del daño y perjuicios y la sentencia". (Fls. 17 y 18 cdno 1).

"Se señala igualmente que para efectos de liquidación de lucro cesante debe tenerse en cuenta la supervivencia de la víctima; la época en que los hijos menores cumplan la mayoría de edad; ingresos de la víctima; su ocupación habitual; destinación de los ingresos; falta de productividad del fallecido "-Lucro cesante- igual por los menos a los intereses con corrección monetaria de la indemnización causada desde la fecha de la muerte (7) de septiembre de 1985, hasta cuando se produzca su efectivo cumplimiento liquidación que deberá hacerse teniendo en cuanta el FACTOR POR RENTA, aceptando por la Jurisprudencia y la Doctrina para la dosificación de la indemnización futura"; y estimando que tales perjuicios deben calcularse con base en el salario mínimo legal del que se descontará el 25% "que se presume destinaba la víctima para los gastos personales"; separando las INDEMNIZACIONES CONSOLIDADA Y FUTURA para los efectos de la liquidación respectiva. (Fls. 25 a 27 cdno 1)

"Las fuentes de perjuicio material susceptibles de expresión pecuniaria mediante un proceso de liquidación establecidas en el proceso que hacen relación a un "daño emergente", próximo, inmediatamente derivado de la lesión padecida que hubo de demandar la atención de erogaciones tales como

gastos de entierro, etc, que no fueron ellos pedidos como tampoco aparecen demostrados en el proceso. El "lucro cesante", también fuente de certificación del perjuicio material, comprende la idea de provecho, ganancia o utilidad que deja de percibirse como consecuencia del hecho dañoso, en el sub-lite de tipo administrativo. Ese LUCRUM, según la voz latina, debe calcularse teniendo en cuenta el ingreso mensual de GERARDO DE JESUS MARIN PELAEZ, que de acuerdo a declaraciones allegadas era de $20.000.oo para la época de los acontecimientos, pero que a juicio de la Sala tales versiones son, en principio, insuficientes para establecer con certeza el monto del ingreso-mes, toda vez que se elude a que el hoy occiso administraba un predio de un tio suyo a la vez laboraba en la finca perteneciente a la familia MARIN PELAEZ. Por ello, y además porque se carece de la certificación actualizada sobre la variación de Indice de Precios al Consumidor que haga posible una condena en concreto se hará IN GENERE, para lo cual, y atendiendolas previsiones del artículo 172 del Decreto 01 de 1984, seguidamente se determinarán las bases sobre las cuales se sustentará la respectiva liquidación incidental, así:

"a) Se buscará determinar el verdadero ingreso mensual de GERARDO DE JESUS MARIN PELAEZ mediante los medios de prueba establecidos en la ley sin que exceda de $20.000.oo. En caso contrario se tomará esta suma que tampoco puede sobrapasar el salario mínimo legal para trabajadores del sector rural.

"b) El período de indemnización comprenderá dos estapas: La primera desde la causación del daño hasta la fecha de ejecutoria del presente proveído; la segunda desde esta última data hasta la época probable de vida del actor de acuerdo a los parámetros de ley, si fuere mayor que la de su cónyuge.

"c) Del salario mensual determinado se descontará como mínimo, el veinticinco por ciento (25%) como porcentaje que destinaba el señor MARIN PELAEZ para su propia subsistencia.

"d) La liquidación de los perjuicios materiales a que tienen derecho los hijos se tendrá en cuenta hasta la fecha a la mayoría de edad.

"PERJUICIOS MORALES:

"La parte actora a solicitado esta modalidad indemnizatoria en los siguientes términos:

"... Condénase a la Nación Colombiana (Ministerio de Defensa Nacional y Dirección General de la Policía Nacional) a pagar a LUIS ANIBAL MARIN MUÑOZ (Padre), BLANCA INES PELAEZ (Madre), ABERLARDO, EDGARDO y BLANCA MARICELLY MARIN PELAEZ (Hermanos), MARIA CONSUELO MARTINEZ DE MARIN (Esposa), LUDY NAYANESE, GERARDO ADRIAN y DIEGO ALEXANDER MARIN MARTINEZ (Hijos), o a quien o quienes sus derechos representaren al

momento del fallo, los daños y perjuicios morales ocasionados con la muerte de su pariente GERARDO DE JESUS MARIN PELAEZ...

"Estos prejuicios se estiman atendiendo el dolor, la aflicción que produce un hecho de esta naturaleza, máxime cuando es el producto de la intervención policial,... Estos perjuicios los estima en el máximo legal los artículos 106 del C.P. y 8° de la ley 153 de 1887, en el equivalente en pesos de un mil gramos de oro fino, conforme a la liquidación que sobre el precio internacional del gramo de oro expeda el Banco de la República".

"Por ello concluye que la reclamación por dicho concepto es de "un mil gramos oro fino para cada uno de los actores del proceso".

"Finalmente por este rubro se solicitó el pago de intereses a cada uno de los reclamantes, "aumentados con la variación promedio mensual del Indice Nacional de Precios al Consumidor, desde la fecha de la sentencia, hasta cuando se prodezca su efectivo cumplimiento. Todo pago se imputará primero a intereses". (Fls. 18 a 20 cdno 1).

"Sobre los perjuicios morales aludió el apoderado de los demandantes a que ellos "se presumen por ser parientes próximos los actores con el fallecimiento; así lo ha estimado la jurisprudencia y la Doctrina en forma reiterada. Han de tenerse en cuenta en este proceso los siguientes aspectos: Que vivían bajo un mismo techo: padres, hijos, hermanos, esposos, nietos, formado una verdadera comunidad familiar; que GERARDO DE JESUS MARIN PELAEZ era el mayor de los hermanos, presumiéndose por consiguiente los perjuicios morales de los hermanos menores...". (Fls. 27 y 28 ídem).

"Esta clase de perjuicios que surgen como consecuencia del daño moral infringido presuntamente a los parientes premencionados en el caso particular ventilado, encuentra su respaldo interpretativo en el fallo de la H. Corte Suprema de Justicia del 24 de septiembre de 1974 con ponencia del H. Magistrado Germán Giraldo Zuluaga y que fuera acogido por este Tribunal en sentencia dentro del proceso radicado con el número 62-62; actor GERARDO ANTONIO GIRALDO GIRALDO, con Ponencia del Dr. Rodrigo Vieira Puerta y que la Sala nuevamente acoge:

"El daño moral se confunde con el dolor padecido por la víctima, pero difiere de los efectos que en el mundo exterior pueda éste generar, los cuales entrañan propiamente los perjuicios morales objetivados. El perjuicio moral subjetivado, en consecuencias, es indeterminable aunque existe; es inconmesurable, aunque pueda constatarse; y a pesar de que su intensidad tiene grados , no hay medio que permita justipreciar su monto en cada ocasión, pues no se conoce unidad de medida que permitiera valorarlo exactamente en sus distintas manifestaciones. Qué experto podría evaluar con sólido fundamento el valor pecuniario del dolor que padecen los padres por la muerte trágica de un hijo? Si se justiprecia en cien mil pesos o en un millón, que argumentos se darían

para que no se dudara de que el real monto fijado y no uno mayor o menor? Que fundamentos podrían esgrimirse, no para demostrar la existencia prueba en contrario, debe presumirse como lo tiene acertadamente declarado la jurisprudencia, sino para traducir en cifras monetarias su indemnización o reparación?

"No existe medio conocido que satisfaga esta duda inmemorial. No hay manera de satisfacer plenamente este requerimiento de la justicia.

"Constituyendo ese dolor, empero, un daño cierto, inobjetable, la doctrina y la jurisprudencia han aceptado la necesidad de repararlo, o mejor, de satisfacerlo. Mas no encontrando modo de satisfacer esa meta en cada caso, se han elaborado sitintas (sic) teorias que, en general, parte de la base de que si al autor del daño se le condena aunque sea el pago de una cantidad mínima, con ello se le obliga a expiar su falta y, simultaneamente, se concede a la víctima una satisfacción.

"Y si el campo de acción de ese dolor subjetivo se localiza en la zona de mayor intimidad de la víctima y si solamente esta conoce, por ser quien la padece, la intensidad de su sufrimiento, unicamente ella podría estar colocada en situación de hacer estimación de su dolor, el cual, por su interioridad, no puede ser bien apreciado por peritos. Sin embargo, por repugnar que la parte misma puede ser su propio juez, no puede eceptarse la regulación que ella hiciera.

"...Es al Juez, pues, a quien corresponde en el caso regular el llamado precio del dolor. Y aunque es claro que por las mismas razones antes expuestas, los jueces no están situados en mejor posición que los peritos para fijar ese monto, por lo cual su decisión podría ser también en cierto modo, arbitraría, es evidente que la altura de la misión que se les ha confiado, la cual busca certeramente dispensar a cada uno su derecho, *ius suum cuique tribuere,* augura y propicia que el pronunciamiento sobre ese punto sea clara realización de la justicia al lograr un humano equilibrio entre la equidad y el derecho, como lo ha pregonado Ghoriphe". (Revista de Derecho Colombiano N° 156, diciembre de 1974, pás, 584-5850586). (Subrayado del Texto)".

"A criterio de la Sala también se ha presentado lesión de tipo moral en los parientes de la víctima que figuran como accionantes que obliga a ordenar su reparación pecuniaría, no en los estrictos términos exigidos en la demanda, sino que para valorar su conmensurabilidad se requiere del análisis de las declaraciones aportadas al proceso, pues de ellas se evidencia que si bien es cierto compartían un mismo predio que no una misma casa o habitación la familia del occiso compuesta por GERARDO DE JESUS, su esposa y tres hijos con la de los padres de aquél, ellos conformaban una unidad familiar totalmente independiente, pues también se ha demostrado que estos vivían, como se dijo en techo o casa dierente. Veamos:

"GRACILIANO DE JESUS ZAPATA JARAMILLO: (fls. 67-vto a 68 vto cdno pruebas parte actora:

"...él era de muy buenas relaciones y efecto con la familia, muy cumppido -sic- con sus obligaciones de padre y esposo, ... era muy familiarizado con los hermanos y los padres... El la iba muy bien con el papa -sic- y con la mama -sic-, y con sus hermanos puesto que vivia -sic- en la finca con ellos...ellos vivian -sic- en la misma finca en una casa retirada de una de la otra como unos cien metros...".

"LUIS HORACIO OROZCO BERMUDEZ: (Fls. 68 vto a 70 fte ídem).

"...Las relaciones de el -sic- con la familia eran muy muy -sic- buenas, con los padres, con la esposa y hermanos; no les conocí problemas de ninguna clase, ... practicamente -sic- el -sic- era el que movía todo ahi -sic- en la casa, el papá como que le había descargado el manejo de todo por ser el hermano mayor, esa familia era muy bien avenida sobre todo él con los hermanos menores, ellos eran los que le garitiaban a él el corte,...". Dice también que Gerardo "...vivía con su apa -sic- la mamá los tres hermanos menores, la esposa de él y los hijos. Es que son dos casas pero en la misma finca a la vista la una de la otra...". Al ser indagado sobre las relaciones con sus padres, hermanos, esposa e hijos dijo "...en esa gente no había problemas...".

"SALVADOR GAMBOA PINO: (fls. 70 y 71 ídem).

...Ellos tenían muy buenas relaciones pues el -sic- era el era -sic- el -sic- que llevaba la voz en la finca, o sea que el -sic- mercaba y estaba muy de acuerdo con ellos y el venia -sic-con la mamá y tambien -sic- venía con los hermanos menores, era muy afectuoso era como el principal de los hermanos menores, el que más querían... El vivia -sic- con la señora y los tres niñitos, en la Merced, el papa -sic- la mamá y los hermanos vivian -sic- en una casa por ahi -sic- a los cien metros de la casa donde vivia -sic- él en la misma finca dividida -sic- por herencia,...".

"ORLANDO DE JESUS PELAEZ GIL: (Fls. 83 a 85 vte ídem).

"...El vivía en la casita del tío Gustavo Marín, y en la otra casa vivía -sic- los padres de él: Luis Anibal Marín y Blanca Inés Peláez y sus hermanos Jorge, José Blanca Maricel, y no más...".

"No obstante lo anterior, existe la declaración rendida por el señor padre del occiso, LUIS ANIBAL MARIN MUÑOZ, ante la Juez Promiscuo Municipal de Viterbo (Caldas) (Fls. 50 a 52 cdno pruebas parte impugnante), que reviste *singular importancia* para la tasación del perjuicio a que la Sala se viene refiriendo.

"En efecto, al ser preguntado por la funcionaria judicial sobre quien y por qué disparó la escopeta y de quien era esta, dijo:

"Yo no se quien disparó esa escopeta, *es que como yo no la iba ni con mi mujer ni ese hijo GERARDO, entonces no me doy cuenta de quien era esa escopeta*". (Lineas de la Sala).

"De esa espontánea manifestación del ascendente inmediato del señor GERARDO DE JESUS MARIN PELAEZ surge sin ninguna duda que si los lazos de sangre llevan implícita la posibilidad de la aflicción por la muerte de un ser querido como en el caso de autos, no es menos cierto que el dolor será mayor o menor en cuanto que las relaciones familiares se desarrollen dentro de un clima de armonía, entendiendo, comprensión, mientras que es bien diferente en tratándose de circunstancias de enemistad, animadversión, y en no pocos casos de ciertos grados de desconfianza. Lo expresado por don LUIS ANIBAL MARIN MUÑOZ, padre de la víctima, colleva a que si hubo y aún puede subsistir un padecimiento moral en éste por la muerte violenta de su hijo, debe calificarse de rango menor a si (sic) se hubiera dado en condiciones de familiaridad óptimas, sin máculas que fue precisamente lo que se presentó en la familia MARIN PELAEZ, desazón en la que para la época de los hechos vinculó a la madre de GERARDO DE JESUS MARIN doña Blanca Inés, que como ha quedado claro, también existían divergencias entre los esposos MARIN-PELAEZ. De allí que al haberse predicado "...una comunidad familiar pocas veces vista", se desvirtúa con lo expresado.

"Lo acabado de plantear genera entonces que el monto de los prejuicios morales que se conceden en favor del padre de la víctima será inferior al señalado para la madre, con quien al parecer sí existían lazos inequívocos de unidad, pues las relaciones con ella eran mejores.

"En cuanto a los hermanos probado está que no compartían el mismo techo lo que obliga necesariamente a cierto distanciamiento familiar, por lo que siendo distinto el grado de sufrimiento de los padres y hermanos con respecto a la muerte de un hijo o pariente en colateralidad (entiéndase hermano), la satisfacción pecuniaria, como generalmente lo ha aceptado la jurisprudencia se reduce a la mitad, pero habida consideración que al momento de la muerte de GERARDO DE JESUS MARIN PELAEZ vivían de manera separada esos sentimientos íntimos de confraternidad, hermandad o efecto se ven menguados lo que repercutirá de igual modo en el "quantum" del perjuicio.

"Sin discusión también habrá de admitirse lo solicitado como compensación al perjuicio moral sufrido por la esposa e hijos de acuerdo al artículo 106 del estatuto de los delitos y las penas.". (Fls. 165-196 Cdno N° 1).

- II -

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 201 y siguientes del cuaderno N° 1, obra el escrito en que el apoderado 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 discurre dentro del siguiente universo:

"El fallador de primera instancia redujo la indemnización para los hermanos fundamentado en la circunstancia de no compartir el mismo techo, lo que imponía -según su criterio-, un cierto distanciamiento familiar, (ver hoja 31 de la sentencia). Como ya se vió tal circuntancia no impide que se indemnice con el máximo de 500 gramos oro para estos casos, cuando aparecen demostrados ciertos elementos como lo son la fraternidad, el aprecio, la ayuda mutua, la solidaridad.

"Pero es que en el caso propuesto no sucede lo predicado pues ni siquiera el rigorismo probatorio puede llegar hasta el extremo de predicar que quienes viven en un mismo fundo, pero en casas separadas por cien (100) metros de distancia, no convienen bajo el mismo techo, como lo era el caso del fallecido.

"Recuérdese que si bien no vivían en la misma casa, por razón de las mismas circunstancias, a diario se visitaban, se auxiliaban, departían entre hermanos, elementos de juicio más que suficientes para predicar que entre unos y otros existían fuertes lazos que hicieron por supuesto sufrir un grave impacto a todo estamento familiar con la desaparición de GERARDO.

"En lo referente a la indemnización ordenada para el señor LUIS ANIBAL MARIN MUÑOZ en el equivalente en pesos a 500 gramos oro, esta deberá ascendersae al máximo legal por vitud de las siguientes reflexiones:

"1°. Se trata de pariente próximo y legítimo, que vivía bajo el mismo predio con GERARDO.

"2°. Su parentesco fue acreditado documentalmente:

"3°. Si bien es cierto el fallador de primera instancia negó en parte la indemnización fundamentando en un testimonio obrante en el proceso penal del mismo actor, ello no es de recibo por cuanto no se trata de una prueba en el sentido estricto de la palabra y en referencia a la litis contenciosa, habida consideración de no haber sido producida en el proceso inicial con audiencia de la parte contra quien se opone. En efecto el simple traslado del contenido del expediente penal y en especial de la prueba testimonial no surte efecto alguno, sino se ratifica. La demandada no hizo nada de desarticular la presunción y el señor LUIS ANIBAL MARIN no fue escuchado ni en testimonio, ni en declaración de parte, para que explicara su dicho.

"En estas condiciones, debe tenerse esa prueba, si es que así puede llamarse, como inexistente, pues no adquirió su valor legal por la falta de requisito previsto en el artículo 229 del C. de P.P.

"En sentencia de 1° de Abril de 1991. Actor: JOSE GABRIEL ROJAS ESCOBAR, Consejero: Dr. CARLOS RAMIREZ ARCILA (Ver hojas 4° y 5° de este memorial), se desató una controversia de similar naturaleza pues el Honorable Tribunal Administrativo de Risaralda decidió negar la indemnización a unos hermanos por afirmaciones más o menos equivalentes leídas en el proceso penal. Al desatarse el recurso la sentencia fue adversa a la demandada, accediéndose a lo peticionado por los fraternos.

"A igual razonamiento, igual decisión, luego llamaremos la atención acerca de la importancia del proveído para efectos de sacar avante lo suplicado.

"4°. Por último, los testigos que rindieron exposición acerca de la causación de los daños y perjuicios morales y de las relaciones entre el fallecido y sus familiares, no fueron tachados en su oportunidad por la parte impugnante, quien ni siquiera actuó en las diligencias respectivas. Sin lugar a dudas, hubiese sido preciosa la oportunidad para controvertir lo atinente a las relaciones de GERARDO con su padre LUIS ANIBAL, sin interpretar el sentido que en algún momento pudo tener. Bien pudo suceder que LUIS ANIBAL hubiese tenido algún tipo de desacuerdo con su hijo o con su esposa, pero no perdurable en el tiempo. Luego, no es posible concluir de buenas a primeras la inexistencia de relaciones.".

- III -

VISTA FISCAL

La fiscal Segunda de la Corporación, Dra EDNE COHEN DAZA, en su concepto de fondo, OBSERVA:

"De lo anotado se concluye que la diligencia ordenada por anterioridad judicial se efectuó por fuera de lo límites dispuestos, es decir no se practicó "el viernes 6 de septiembre de 1985 en horas hábiles", sino al día siguiente, 7 de septiembre y antes de las 6 de la mañana. Aunque en relación con la hora exacta existen divergencias testimoniales, el despacho se remite al libro Minuta de Vigilancia en donde se registra lo siguiente: "La patrulla salió rumbo al predio en referncia a la 5.a.m. y a las 6 a.m.... se registra su regreso, así como el deceso de GERARDO MARIN, en desarrollo de dicho operativo, a consecuencia de los impactos de bala recibidos, provenientes de disparos efectuados por miembros de la policía.

"De otra parte, el comandante de la Policía informa que de la práctica de dicha diligencia se advirtió y pidió autorización a los moradores de la residencia;

vestidos de civil y sin identificarse ni informar el motivo por el cual se hallaban. Lo cierto es, según se acreditó probatoriamente, que el, operativo en cita estuvo precedido de ilegalidad, pues no se ciño a lo dispuesto en la orden judicial. Se comprueba además con los elementos de juicio reseñados, que los agentes de la Policía que intervinieron en su práctica, se excedieron en las medidas adoptadas al disparar innecesariamente contra el occiso, quien registró numerosos impactos de bala en su cuerpo, mientras que éste tenía únicamente una escopeta de fabricación casera con un sólo cartucho quemado y se hallaba en desventaja numérica frente a los agentes del orden, sin contar además el factor "sorpresa" que también es un aspecto negativo para la víctima y favorable para la autoridad, circunstancia que confluyen todas, en pro de la certeza requerida para aseverar que se configuró la falla o falta del servicio de policía, de estar presentes los tres elementos básicos para que ésta se materialice, debiendo en consecuencia, responder la demanda por lo daños y perjuicios ocasionados a los actores con la muerte de GERARDO MARIN PELAEZ.

'En cuanto atañe a la tasación de perjuicios morales objetada por el apoderado de los demandantes, anota esta Fiscalía que tal aspecto no será materia de análisis, habida cuenta que esto es asunto que en cuanto a su tasación concierne al fallador determinar, según su justo criterio y con base en las pruebas que conforman el proceso siendo pertinente tan sólo, acotar por este despacho, que dada la existencia de la falla del servicio y la calidad de parientes legítimos, entre la víctima y los actores, debidamente acreditada en el proceso, éstos tienen derecho al resarcimiento indemnizatorio por perjuicios morales decretados por el a-quo.

"Los perjuicios materiales reconocidos por el Tribunal a favor de la esposa e hijos de la víctima, hallan también crédito probatorio en el proceso, dada la comprobación de los vínculos de dependencia, convivencia mutua y estabilidad familiar sólida, existente entre GERARDO DE JESUS MARIN, su esposa y descendientes, en virtud de lo cual la sentencia deberá también confirmarse en cuanto a **este aspec**to atañe, tal como lo dispueso (sic) el a-quo, mediante liquidación incide**ntal** y de conformidad con los parámetros al efectos señalados en el folio apelado. Perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente no fueron solicitados por los actores.

"Lo argumentado por el apoderado de la administración, respecto a la aplicación de la figura jurídica denominada "Compensación de Culpas", en consideración a que si hubo por parte de la víctima al repeler el ataque de la autoridad disparando imprudentemente el arma que portaba, no es aceptable en criterio de esta Agencia del Ministerio Público, habida cuenta que como oportunamente se analizó, la actuación de la Policía fue desproporcionada e ilegal.

"En este orden de ideas, la providencia materia de apelación deberá ser confirmada.

"La fiscalía estima pertinente advertir que a folio 230, en el oficio remisorio del expediente, consta el envió de tres cuadernos, no obstante lo cual a este despacho llegó tan sólo un cuaderno con 240 folios.". (fls.247-249 Cdno N° 1).

- IV -

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia proferida por el *a-quo* será confirmada, aunque con algunos ajustes de alcance económico, pues el *adquem* hace suya la valoración jurídica, fáctica y probatoria que hizo el tribunal para dar por demostrada la falla del servicio.

En el sub-lite aparece bien probado que el señor GERARDO DE JESUS MARIN PELAEZ fue muerto por las fuerzas de policía, al amanecer del dia siete de septiembre de 1985, cuando se encontraban dedicado a las labores de vigilancia de la parcela LAS VIOLETAS, sin que dentro del informativo se hubiese acreditado una cualquiera de las circunstancias que eximen de responsabilidad, como la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero.

Del universo que tienen las declaraciones rendidas dentro del proceso por FERNANDO VARGAS PULGARIN (C 1, fol. 90) y ORLANDO DE JESUS PELAEZ GIL, se tiene la cabal comprensión de la forma como ocurrieron los hechos. Ellos, en lo sustancial de sus disposiciones, ilustran al sentenciador dentro de la siguiente óptica:

FERNANDO VARGAS PULGARIN (C 1,fol. 90)

Persona de 30 años de edad, agricultor, sin generales de ley con las partes, destacó:

"...Yo estaba en la finca Las Violetas por ahí por Las Mercedes en Viterbo (Caldas), yo trabajaba allí en esa finca, el patrón mío era Orlando Marín y el dueño de la finca era don Anibal Marín Peláez, yo llevaba en esa finca aproximadamente mes y medio o dos meses pues había ido a trabajar en la cogida de la cosecha del café. Ese dia era de tres y media a tres y cuarenta de la mañana cuando unas ráfagas que escuchamos, eso era tremendo, en esas una bulla y oímos nosotros los trabajadores cuando decían: salgan hijueputas que los vamos a matar, llevamos bombas, granadas, salgan; en esas nos tiraron la puerta de donde nosotros dormíamos al suelo, nos cogieron esa gente que nos gritaba, nos amarraron nos aporreaban, nos decían cosas muy horribles, nos llevaron a la ramada, ahí fue donde yo vi a Gerardo muerto, nos dejaron ahí hasta que subió el inspector de Policía de Viterbo, e hicieron el levantamiento de Gerardo. PREGUNTANDO: Sírvase decirnos si sabe en qué lugar fue muerto Gerardo de Jesús Marín y en qué circuntancias? CONTESTO: A él lo mataron ahí a un metro de la casa, cuando ellos llegaron él etaba levantado porque le tocaba celar cuidando las planteras y una yuquera (sic) que estaban al borde de la carretera y por eso había que cuidarlas, porque robaban mucho,

esa noche él estaba celando y por esa razón estaba afuera de la casa, como lo mataron si no se dio cuenta, a él lo mataron antes que nos sacaran a nosotros de donde estábamos durmiendo, cuando a nosotros nos sacaron ya estaba él muerto, PREGUNTADO: Sírvase decirnos si sabe quienes eran las personas que llegaron a la finca? CONTESTO: Yo no me di cuenta quienes eran, yo me vine a dar cuenta que eran policías porque cuando a nosotros nos sacaron para el pueblito (Viterbo) ya nos dijeron quienes eran, que eran policías, a nosotros nos llevaron a la cárcel y ahí nos dejaron dos o tres horas. Ellos no iban uniformados, llevaban más bien aspecto de guerrilleros, llevaban pistolas, revólveres y unos aparatos ahí largos que ellos decían que eran metralletas...".

ORLANDO DE JESUS PELAEZ GIL (C 1, fol.83).

Persona de 46 años de edad, agricultor de profesión, cuñado de Luis Aníbal Marín, dijo:

"...Yo no recuerdo ni el día ni la fecha, eran las tres y media de la mañana cuando mire el reloj, y estaba conversando con mi esposa, pues mi esposa tenía que madrugar a las cuatro y media, y al momento oímos una balacera muy tremenda, entonces le dije a mi señora... ay qué será eso. Esa gente era diciendo cosas y que salgan hijueputas que vamos a derribar la casa, esos tipos estaban enruanados y con ponchos y nos sacaron y nos amarraron, nos decían alcahuetas, nos decían que nos iban a matar, y nos dejaron como dos horas amarrados, ya que nos iban a echar para el pueblo y ya de día nos dijeron que era la autoridad, luego nos llevaron al pueblo y nos metieron al calabozo, y allá fueron la gente a hablar con nosotros pues había un cadáver en la casa y nosotros encerrados, y cuando fuimos a la casa, estaban haciendo el levantamiento de GERARDO MARIN PELAEZ,quien era sobrino mío, y de haí en adelante no ocurrió más nada; cuando ya nos sacaron, vinos (sic) estaba muerto a un metro de la casa, y lo mataron esa gente que fue allá...".

Dentro del mismo temperamento depuso María Rosalba Bolívar Ospina. Para la Sala resulta inusitado, por decir lo menos, que diez unidades de la Policía Nacional (C 1, fol. 64) no hayan sido capaces de cumplir la orden de allanamiento que les dio el Juzgado Catorce de Instrucción Criminal, dentro del marco de requisitos que se precisan en la providencia que obra al folio 9 del cuaderno N° 1. Y se afirma lo anterior, porque la diligencia tuvo lugar un día distinto al autorizado y en horas que no son hábiles, con lo cual contrarió el mandato de la autoridad judicial.

El informe que rindió el Comandante de la Estación Policía Viterbo, al señor Juez Catorce de Instrucción Criminal, y en el cual se afirma que la patrulla fue objeto de "UN ATAQUE", con tiros al parecer de escopeta, que provenían de afuera de la vivienda donde practicaba el registro, no tiene fuerza de convicción para el *ad-quem*. Aceptando como se acepta, que el occiso disparó su escopeta, comportamiento que es de recibo cuando se vigilan de noche los cultivos, como la hacía el señor Gerardo de Jesús Marín Peláez, de ello no puede inferirse que la conducta de la

víctima fuera de ATAQUE. Pero es más: Aun aceptando en gracia de discusión, esta posibilidad, cabría concluir que él tuvo el universo necesario para que diez agentes del orden procedieran a darle muerte al campesino-celador? La Policía se supone especialmente entrenada para afrontar situaciones como la que se registró, sin tener que acudir al expediente de darle muerte al primer peregrino que se aleja del sitio de los acontecimientos, en forma sospechosa, como se lee en el citado informe. De no ser así, toda intervención de la autoridad sería un mensaje de masacre. Por lo demás, a diario se vivencia que esa preparacion sí existe, pues en más de una ocasión se han hecho rescates de personas y aprehensión de verdaderos delincuentes, sin que se derrame una sola gota de sangre. En la interpretación de la conducta humana, que en más de una ocasión resulta de mayor interés que la de la propia ley, el sentenciador concluye que un disparo de escopeta, hecho dentro del marco fático de que da cuenta este proceso, no es amenaza GRAVE contra la vida de nadie. Por ello no es de recibo la tesis de que el personal policivo "REACCIONO" haciendo uso de las armas de dotación oficial. En este momento del discurso cabe recordar que, en derecho, la reacción tiene que ser proporcionada a la agresión, para que tenga recibo jurídico. Por lo demás, qué se quiere significar que "*EL CUERPO DE GERARDO SE HALLO A UNOS DIEZ PASOS DE LA RESIDENCIA ALLANADA*"? Acaso en el mismo informe policivo no se dice que la policía alcanzó a estar en el inmueble y pudo informar "...de los motivos de la diligencia a los allí presentes, quienes accedieron a que llevara a cabo..."? Siendo así las cosas, por qué causa, motivo o razón se atacaba a quien estaba a tan corta distancia?

Nuevamente la Sala vivencia la tragedia que viven hoy nuestros campesinos, que ya no saben cómo comportarse frente a las fuerzas del orden y también las del desorden, que llegan a sus parcelas a cualquier hora del día o de la noche, sin respeto para su intimidad, y son víctimas de agresión, intemperancia y violencia. Qué sentido tiene hacer un allanamiento con apoyo en ráfagas de metralleta, con insultos, amarrando a las personas, maltratándolas, amenazándolas de muerte, etc, etc, como lo recuerdan los declarantes ya citados? La magistratura, que a diario tiene que manejar casos con el universo del presente, no puede sustraerse al problema que genera la violencia exterminadora, motivo por el cual utiliza el medio de que dispone, esto es, la sentencia, para predicar que es necesario ajustar la conducta de los ciudadanos, y también la de la fuerza pública, para que la violencia no agote el margen de existencia que todavía queda. Es verdad que las posibilidades de victoria son pequeñísimas, pero como lo recordaba un famoso escritor, filósofo y jurista, a veces ha sucedido que un pequeño grano de arena, lanzado al aire por el viento, ha detenido a una máquina, por lo que bien vale la pena desafiar al destino. En última instancia, como lo recuerda Viktor E. Frankl, "...vivir significa la responsabilidad de encontrar la respuesta correcta a los problemas que ello plantea, y cumplir las tareas que la vida asigna continuamente a cada individuo" (El hombre en Busca de Sentido, Herder, pág. 79).

B) La Sala confirmará la condena que por perjuicios materiales hizo el fallador de instancia en favor de MARIA CONSUELO MARTINEZ DE MARIN (esposa) y de los hijos del finado LUDY NAYANESE, GERARDO ADRIAN, y DIEGO ALEXANDER MARIN MARTINEZ, pero la hace en concreto, pues

dentro del proceso obran los medios probatorios indispensables para fijar el monto de la misma. Otros, como los índices de precios al consumidor, y las tablas de mortalidad certificadas por la Superintendencia Bancaria, son hechos notorios.

El *ad-quem* hace, pues, la liquidación correspondiente, siguiendo los siguientes parámetros:

PRIMERO: Se tiene como salario el mínimo vigente para el año de 1985, que acorde con lo establecido por el Decreto 0001 de 1985, ascendía a la suma de $13.557.60.

SEGUNDO: Del anterior mensual se decreta que 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 (75%) restante, que corresponde a la suma de $10.168.20, se repartirá el cincuenta por ciento (50%) para la cónyuge sobreviviente, y el restante cincuenta por ciento (50%) para los tres hijos. Para los menores la liquidación va hasta el momento en que cumplan dieciocho (18) años.

TERCERA: Se actualizan los ingresos, tal como se pidió en la demanda, de acuerdo a los I.P.C. certificados por el Dane, de 50.94 para el mes de septiembre de 1985, como índice inicial; y de 226.46, para febrero de 1992, como índice final.

Se aplica la siguiente fórmula:

$$Ra = R \frac{\text{Indice Final}}{\text{Indice Inicial}}$$

donde,

Ra= Renta Actualizada

R= Suma a actualizar = $10.168.20

Reemplazando tenemos:

$$Ra = \$10.168.20 \frac{226.46}{50,94}$$

Ra= $10168.20 X 4.445622301

Ra= $45.203.97

CUARTA: La liquidación comprende dos períodos, así:

I- PERIODO VENCIDO O CONSOLIDADO.

Transcurre desde el día 7 de septiembre de 1985 y va hasta el dia 29 de febrero de 1992. Para obtener la indemnización consolidada se aplica la siguiente fórmula:

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

donde,

S= Suma o indemnización que se busca

Ra= Renta actualizada, que es igual a $45.203.97;

i= Interés puro o técnico del 6% anual, ó 0.04867 mensual.

Como se trabaja con 1 y no con 100, en la fórmula este interés se representa como 0.004867.

n= Mensualidades que corresponde el período indemnizatorio, es decir: 6 años, 5 meses, 22 dias; que corresponden a 77.73 meses.

Reemplazando tenemos:

$$S = \$45.203.97 \frac{(1+0.004867)^{77.73} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$45.203.97 \frac{0.458479222}{0.004867}$$

S= $45.203.97 X 94.20160719 =

S= $4'258.287.25

De esta suma la mitad, o sea Dos Millones Ciento Veintinueve mil Ciento Cuarenta y Tres Pesos con Setenta y dos centavos ($2.129.143.62) corresponde a la señora MARIA CONSUELO MARTINEZ DE MARIN; y la otra mitad corresponde a los tres hijos en la siguiente forma:

A) Para LUDY NAYANESE MARIN MARTINEZ, la suma de Setecientos nueve mil setecientos catorce pesos con cincuenta y cuatro centavos ($709.714.54);

B) Para GERARDO ADRIAN MARIN MARTINEZ, la suma de Setecientos nueve mil setecientos catorce pesos con cincuenta y cuatro centavos ($709.714.54);

C) Para DIEGO ALEXANDER MARIN MARTINEZ, la suma de setecientos nueve mil setecientos catorce pesos con cincuenta y cuatro centavos ($709.714.54).

II- PERIODO FUTURO O ANTICIPADO:

1-) Para la señora MARIA CONSUELO MARTINEZ DE MARIN; transcurre desde el primero (1°) de marzo de 1992 hasta la fecha de vida probable, que registran las tablas de mortalidad de la Superintendencia Bancaria. Teniendo en cuenta la edad de 28 años y 6 meses, la vida probable será de 44.985 años, que corresponde a 539.82 meses.

2-) Para LUDY NAYANESE MARIN MARTINEZ, nació el día 12 de julio de 1979, es decir, el día 12 de julio de 1997, cumplirá 18 años. El dia 29 de febrero de 1992, continua con 12 años, 7 meses, 17 días, para cumplir 18 años le faltan 5 años, 13 días = 64.43 meses.

3-) GERARDO ADRIAN MARIN MARTINEZ nació el día 23 de noviembre de 1980, el día 23 de noviembre de 1998 tendrá 18 años. El dia 29 de febrero de 1992, tenía 11 años, 3 meses, 6 días, para cumplir los 18 años le faltaban 6 años, 8 meses, 24 días =80.8 meses.

4-) DIEGO ALEXANDER MARIN MARTINEZ, nació el día 2 de febrero de 1983, es decir el día 2 de febrero de 2001 cumplirá 18 años. El día 29 de febrero de 1992, tenía 9 años, 27 días, para cumplir los 18 años le faltaban 8 años, 11 meses, 3 días = 107.1 meses.

Para obtener las indemnizaciones futuras o anticipadas, aplicamos la fórmula:

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

donde;

Ra= Renta actualizada que corresponde a la suma de $45.203.97

Ra= Para la señora MARIA CONSUELO MARTINEZ DE MARIN =$22.601.98=(50%)

Ra= Para cada uno de los hijos = (50% / 3) = $7.533.99

n = Tiempo de la indemnización futura o anticipada.

Aplicando la fórmula propuesta, las indenmizaciones futuras o anticipadas, quedarán:

1-) Para MARIA CONSUELO MARTINEZ:

$$S = \$22601.98 \frac{(1 + 0.004867)^{539.82} - 1}{0.004867\,(1 + 0.004867)^{539.82}}$$

$$S = \$22.601.98 \frac{12.7485184}{0.066914039}$$

S= $ 22.601.98 X 190.5208322

S= $ 4.306.148.99

2-) Para LUDY NAYANESE MARIN MARTINEZ:

$$S = \$7.533.99 \frac{(1 + 0.004867)^{64.43} - 1}{0.004867\,(1 + 0.004867)^{64.43}}$$

$$S = \$7.533.99 \frac{0.367275642}{0.00665453}$$

S= $7.533.99 X 55.19182314

S=$415.814.64

3-) Para GERARDO ADRIAN MARIN MARTINEZ

$$S = \$7.533.99 \frac{(1 + 0.004867)^{80.8} - 1}{0.004867\,(1 + 0.004867)^{80.8}}$$

$$S = \$\ 7.533.99 \frac{0.480381332}{0.007205015}$$

S= $7.533.99 X 66.67318968

S= $502.315.14

4-) Para DIEGO ALEXANDER MARIN MARTINEZ:

$$S= \$7.533.99 \frac{(1 + 0.004867)^{107.1} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{107.1}}$$

$$S= \$7.533.99 \frac{0.682013058}{0.008186357}$$

S= $7.533.99 X 83.31093529

S= $627.663.75

Dentro del anterior marco, las indemnizaciones por perjuicios morales, quedarán:

1-) Para MARIA CONSUELO MARTINEZ DE MARIN:

a) Vencida o Consolidada.....$ 2'129.143.62

b) Futura o Anticipada.....$4'306.148.99
TOTAL.....$ 6'435'292.61

2-) Para LUDY NAYANESE MARIN MARTINEZ:

a) Vencida o Consolidada.....$ 709.714.54
b) Futura o Anticipada.....$ 415.814.64
TOTAL.....$1'125.529.18

3-) Para GERARDO ADRIAN MARIN MARTINEZ:

a) Vencida o Consolidada.....$709.714.54
b) Futura o Anticipada.....$502.315.14
TOTAL.....$1'212'029.68

4-) Para DIEGO ALEXANDER MARIN MARTINEZ:

a) Vencida o Consolidada.....$ 709.714.54
b) Futura o Anticipada.....$ 627.663.75
TOTAL.....$1'337.378.29

GRAN TOTAL INDEMNIZACION POR PERJUICIOS MATERIALES la suma de DIEZ MILLONES CIENTO DIEZ MIL DOSCIENTOS VEINTINUEVE PESOS CON SETENTA Y SEIS CENTAVOS ($10'110.229.76).

C) Se confirmará también la condena que por perjuicios morales se hizo en favor de BLANCA INES PELAEZ GIL (madre), MARIA CONSUELO MARTINEZ DE MARIN (esposa) y LUDY NAYANESE, GERARDO ADRIAN y DIEGO ALEXANDER MARIN MARTINEZ (hijos), por un mil gramos (1000) de oro fino para cada uno, que se deberán pagar con el precio nacional del oro que certifique el Banco de la República para el momento en que quede ejecutoriado el presente fallo.

D) La Sala modificará la condena que por perjuicios morales se hizo en favor de LUIS ANIBAL MARIN MUÑOZ (padre), para elevarla a un mil gramos (1000) de oro fino, pues la declaración que valoró el *a-quo*, y que le sirvió de fundamento para fijarla en debida forma al proceso, motivo por el cual no puede apreciarse.

Se mantendrá la condena, con el monto que fijó el sentenciador de instancia, en favor de los hermanos BLANCA MARICELLY, ABELARDO y EDGARDO MARIN PELAEZ, por doscientos cincuenta gramos (250) de oro fino para cada uno, pues del universo de las declaraciones recibidas para demostrar el afecto se vivencia que las preguntas que se hicieron, en buena parte, insinuaban la respuesta. Así, Graciliano de Jesús Zapata, a lo largo de su exposición se limita a decir: "El la iba muy bien con el papá y con la mamá y con sus hermanos", pero no da los nombres. Al final del interrogatorio el apoderado de la parte actora le pregunta: "Díganos si culminadas las honras fúnebres de Gerardo, sus hermanos Abelardo, Edgardo y Blanca Maricelly...". Salvador Gamboa Pino, habla de seis hermanos y siembra así el cambio de dudas sobre la credibilidad de su dicho.

Finalmente, la Sala recuerda que en la fijación del monto de los perjuicios morales el juez es soberano, debiendo guiarse sí, en cada caso, por la equidad, que es la justicia del caso concreto. No se puede aspirar siempre a que sea una suma fija la que corresponde a los hermanos, pues el decreto repele el manejo matemático de las diferentes situaciones fácticas.

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 dia dieciocho (18) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, con las precisiones que se hicieron en los considerandos de este proveído, quedando en definitiva así:

Por falla en el servicio, declárase administrativamente responsable a la NACION COLOMBIANA (Policía Nacional), por los perjuicios materiales y morales causados como consecuencia de la muerte del señor GERARDO DE JESUS MARIN PELAEZ, en las circunstancias de modo, tiempo y lugar que se dejaron descritas en los considerandos de este fallo;

Como consecuencia de la declaración anterior, condénase a la NACION-POLICIA NACIONAL a pagar los perjuicios materiales causados a las siguientes personas, y por los montos que a continuación se indican.

A MARIA CONSUELO MARIN, la suma de SEIS MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS CON SESENTA Y UN CENTAVOS ($6'435.292.61);

A LUDY NAYANESE MARIN MARTINEZ, la suma de UN MILLON CIENTO VEINTICINCO MIL QUINIENTOS PESOS CON DECIOCHO CENTAVOS ($1'125.529.18);

A GERARDO ADRIAN MARIN MARTINEZ, la suma de UN MILLON DOSCIENTOS DOCE MIL VEINTINUEVE PESOS CON SESENTA Y OCHO CENTAVOS ($1'212.029.68);

A DIEGO ALEXANDER MARIN MARTINEZ, la suma de UN MILLON TRESCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS CON VEINTINUEVE CENTAVOS ($1'337'378.29).

TOTAL INDEMNIZACION POR PERJUICIOS MATERIALES la suma de DIEZ MILLONES CIENTO DIEZ MIL DOSCIENTOS VEINTINUEVE PESOS CON SETENTA Y SEIS CENTAVOS ($10'110.229.76).

CONDENASE, igualmente a la NACION-POLICIA NACIONAL, a pagar los perjuicio morales a las siguientes personas y por el monto que a continuación se señala:

A MARIA CONSUELO MARTINEZ DE MARIN (esposa), un mil (1000) gramos de oro fino;

A LUDY NAYANESE MARIN MARTINEZ (hija), un mil (1000) gramos de oro fino;

A GERARDO ADRIAN MARIN MARTINEZ (hijo), un mil (1000) gramos de oro fino;

A DIEGO ALEXANDER MARIN MARTINEZ (hijo), un mil (1000) gramos de oro fino;

A BLANCA INES PELAEZ GIL (madre), un mil (1000) gramos de oro fino;

A LUIS ANIBAL MARIN MUÑOZ (padre), un mil (1000) gramos de oro fino;

A BLANCA MARICELLY, ABELARDO y EDGARDO MARIN PELAEZ (hermanos), la cantidad de doscientos cincuenta (250) gramos de oro fino a cada uno.

Las cantidades de oro que se dejan relacionadas serán pagadas con el precio nacional del referido metal, certificado por el Banco de la República para el momento en que quede ejecutoriada este fallo.

La Nación (Policía Nacional) deberá pagar dentro de los términos indicados en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

SEGUNDO: Para el cabal cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A., se expedirán las copias respectivas de la sentencia, con consecuencia de su ejecutoria, con destino a las partes, haciendo precisión sobre cuál de las copias resulta idónea para la efectividad de los derechos reconocidos.

TERCERO: Ejecutoriada la presente sentencia, devuélvase el expediente al Tribunal del origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

LAUDO ARBITRAL/ ARBITRAMIENTO-Modalidades/ **RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL**

El arbitramiento puede ser en derecho, en conciencia o técnico; tanto el fallo en conciencia como en derecho tiene que reposar sobre un motivo justificativo. El laudo en derecho que carezca de motivación no se convierte en fallo en conciencia. La diferencia entre estos fallos no radica en ese aspecto formal o accidental, sino que toca con el marco de referencia normativo que condiciona la conducta del juzgador en uno y otro. Solo cuando el fallo que se dice en derecho deje de lado, en forma ostensible, el marco jurídico que deba acatar para basarse en la mera equidad podrá asimilarse a un fallo en conciencia; porque si el juez adquiere la certeza que requiere para otorgar el derecho disputado con apoyo en el acervo probatorio y en las reglas de la sana crítica, ese fallo será en derecho, así no hable del mérito que le da a determinado medio o al conjunto de todos.

RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL-Trámite

Se reafirma la posición que inaplicó el mandato contenido en el artículo 206 del C.C., que señala el trámite ordinario para la definición de los recursos de anulación de los laudos que se intente ante esta jurisdicción contencioso administrativa. El procedimiento aplicable es el señalado en el Decreto 2279 de 1989 (artículos 37 y ss.), con las modificaciones hechas por el artículo 112 de la ley 23 de 1991.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá D.C. Abril tres (3) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Referencia: Expediente N° 6695-Laudo Arbitral.-

Actor: CONSORCIO VIANINI ENTRECANALES EMPRESA ENERGIA DE BOGOTA TAVORA S.A.

Procede la sala a decir el recurso de anulación interpuesto por el Consorcio Vianini S.p.A. y Entrecanales y Tavora S.A. contra el laudo arbitral proferido por el tribunal de arbitramento el 11 de abril de 1991, mediante el cual se dispuso:

"A mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversia surgidas entre el CONSORCIO integrado por las sociedades VIANINI S.p.A. y ENTRECANALES Y TAVORA S.A. y la EMPRESA DE ENERGIA DE BOGOTA por razón de Contrato N° 3554, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, pronuncia el siguiente, LAUDO.

"PRIMERO: Deniégase todas las pretensiones formuladas por el CONSORCIO integrado por las sociedades VIANINI S.p.A. y ENTRECANALES Y TAVORA S.A.y, por tanto, se absuelve de ellas a la EMPRESA DE ENERGIA DE BOGOTA.

SEGUNDO: Condénase al CONSORCIO integrado por las sociedades VIANINI S.p..A. y TAVORA S.A. a pagar a la EMPRESA DE ENERGIA DE BOGOTA, las siguientes sumas por concepto de costas y agencias en derecho.

"Honorarios Arbitros y Secretaría del Tribunal: TREINTA Y CINCO MILLONES DE PESOS ($35'000.000.oo). Gastos de tribunal: UN MILLON DE PESOS ($1'000.000.oo). Agencias en Derecho, las cuales se regulan en la suma de VEINTE MILLONES DE PESOS ($20'000.000.oo).

TERCERO: Expidanse copias de este Laudo, con la constancia de su ejecutoria, con destino al representante de la EMPRESA DE ENERGIA DE BOGOTA y la Procuraduría General de la Nación.

CUARTO: Entréguese, por secretaría, copia auténtica de este Laudo a cada una de las partes.

QUINTO: Protocolícese el expediente por el Presidente en la Notaría Once del Circuito del Bogotá.

"Terminados el proceso el Presidente del Tribunal hará la liquidación de gastos a que se refiere el artículo 44 del decreto 2279 de 1989."

Mediante escrito de 18 de esos mes y año el mencionado Consorcio narró con antecedente:

"1) Entre la EMPRESA DE ENERGIA DE BOGOTA y el Consorcio integrado por la Sociedades VIANINI S.p.A. y ENTRECANALES y

TAVORA S.A. se suscribió con fecha 24 de Junio de 1981, el Contrato distinguido con el Nº 3554 cuyo objeto era la ejecución de todas las obras para el Proyecto Hidroeléctrico del Guavioo, localizado en el Departamento de Cundinamarca, República de Colombia.

"2) Durante la ejecuación del Contrato citado se suscitaron entre los contratantes algunas diferencias que ni pudieron ser solucionadas directamente, y por tal motivo, de común acuerdo, fueron puestas en sonsideración de un Tribunal de Arbitramento, en desarrollo de la cláusula trigésima quinta del Contrato 3554.

3) El Tribunal de Arbitramento tuvo como sede la ciudad de Bogotá, fijando la misma en el Centro de Arbitraje y Conciliación en la Cámara de Comercio de dicha ciudad.

4) En audiencia celebrada el dia 11 de Abril de 1991, a las 2:00 P.M. se pronunció por parte del Tribunal de Arbitramento de Laudo que puso fin al proceso, cuya parte resolutiva quedó transcrita en el inicio de este escrito."

En el mismo escrito de interposición alegó como causales de impuganción las contenidas en los numerales 4.6.y 8 del artículo 38 del decreto 2279 de 1989, o sea porque:

"4. Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos."

"6. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifestada en el laudo."

El enunciado inicial fue desarrollado luego por el Consorcio en el escrito de julio 2 de 1991 (a folios 96 y siguientes). En esta oportunidad y en relación con las causales de impugnación, preciso:

"El recurso de Anulación planteando por la parte que represento, se fundó en las causales previstas en los numerales 4, 6 y 8 del Artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, armonizado con el artículo 112 de la Ley 23 de 1991. No obstante, estimo que las circunstancias procesales que determinaron dicha fundamentación inicial, subsumen en la causal sexta (6a.), las situaciones previstas para los numerales 4 y 8. Dicha causal sexta (6a.) consiste en "*haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.*" Por consiguiente, me ocuparé de demostrar en este alegato que el laudo cuestionado se decidió en conciencia cuando ha debido ser en derecho, basándose en esta última disposición."

Al final de este escrito y a guisa de conclusión, se observa:

Si, como es de rigor, las pruebas se hubieran analizado en conjunto, con arreglo a las reglas de la sana crítica, o se le hubiera asignado a cada prueba el mérito razonado que tenía, con fundamento en las normas vigentes del Art. 74 del Decreto 150 de 1976 y el Artículo 371 del Acuerdo N° 9 de 1976, se hubiera obtenido por parte del Tribunal de Arbitramento un fallo en derecho y no fallo en conciencia, como finalmente ocurrió. El solo hecho de analizar o nó unas pruebas en conjunto o individualmente, con fundamento en normas no aplicables, aunque se hubiera hecho su análisis, trae como consecuencia que no se cumplió con lo dispuesto por el fallo que así se profiera es en conciencia y no en derecho.

"Basten las argumentaciones precedentes para, en sustento del recurso de anulación que con fundamento en la causal sexta (6a) del Art. 38 del Decreto 2279/89 en armonía con el artículo 112 de la ley 23 de 1991, propuse contra el Laudo Arbitral de la referencia, éste sea anulado en su totalidad, por el Honorable Consejo de Estado, por haberse proferido en conciencia y no en derecho, por el Tribunal de Arbitramento."

Por su lado, la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá se opuso al recurso de anulación interpuesto por el Consorcio. Así en su escrito de julio 9 de 1991 (a folios 11 y siguientes) rebate los argumentos de la parte recurrente y como conclusiones finales, señala:

"1a.- No existe mérito procesal para conocer y pronunciarse en el fondo del recurso instaurado.

"2a.- No sólo no haber sido sustentados los cargos enunciados al momento de su interposición, sino por lo inundado de su argumentación.

"3a.- Nótese que respecto de las causales 4a. y 8a. de anulación no pasa de afirmar, sin demostración ni razonamiento alguno, que subsumen en la causal 6a.

"4a.- Y en cuanto a la causal 6a. se limita a la transcripción parcial de dos sentencias de la C.S.J. sin expresar en qué consiste la violación de la causa por parte del Laudo.

"5a.- Por último, trae a colación hechos que no subsumen en ninguna de las causales del artículo 39 del Decreto 2279 de 1989, los cuales además no fueron planteados en el escrito con el que interpuso el recurso.

"Con fundamento en las razones expuestas a lo largo de este escrito me permito solicitar que se deseche el recurso interpuesto por el señor apoderado del consorcio y en su lugar se confirme en todas sus partes el Laudo impugnado.

"Pido asimismo que en la providencia que decida finalmente el recurso interpuesto se condene a la parte recurrente al pago de la suma correspondiente a las costas del arbitramento, conforme lo determinó la parte resolutiva del Laudo, suma ésta deberá ser actualizada a la fecha en que se realice el pago efectivo de la misma, con inclusión de los intereses legales contabilizados desde el momento en que se profirió el Laudo hasta la fecha en que efectivamente se pague, todo con el propósito de evitar que el recurso interpuesto se convierta, no en un medio para la defensa de los derechos de los ciudadanos, sino en el artilugio para evadir el pago en tiempo de las condenas judiciales e impedir también que se perjudiquen los derechos de mi representada."

Cumplido el trámite de rigor con sujeción a los artículos 37 y siguientes del Decreto 2279 de 1989, es oportuno decidir. Para ello se considera:

Estima la sala que debe reafirmar la posición adoptada por el ponente, quien inaplicó el mandato contenido en el artículo 206 del c.c. (45 del decreto 2304 de 1989) que señala el trámite ordinario para la definición de los recursos de anulación de los lados que se intente ante esta jurisdicción contencioso administrativa.

En este fallo la sala prohija dicha decisión (auto de junio 17 de 1991, a folios 90 y 91 de C N° 1), la que aparece concebida en los siguientes términos:

"Si bien es cierto el decreto 2279 de 1989 en sus artículos 37 y siguientes reguló el trámite especial a seguir frente a dicho recurso, modificando el que trata el código de procedimiento civil en sus artículos 672 y siguiente, el decreto 2304 de ese mismo año en su artículo 45 expresamente dispuso que el proceso de nulidad de los laudos arbitrales debía tramitarse por la vía ordinaria.

"Ahora bien. Ese decreto se dictó con base en la ley 30 de 1987, la cual en su artículo 1° revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias.- ...para: "e) Simplificar el trámite de los procesos judiciales y ajustarlo a la informática y las técnicas modernas."

"Esta precisa facultad se quebrantó ostensiblemente en el decreto 2304 al dispones el trámite ordinario el trámite ordinario para el recurso de anulación de los laudos, los que venían siendo tramitados por un procedimiento especial expedito y simple. Es decir, el decreto en cuestión hizo todo lo contrario de lo mandado en la ley y quedó afectado de inconstitucionalidad por exceso precisamente en las facultades otorgadas por el legislador. El decreto 2304 pudo sí simplificar el trámite que traía la ley, pero no hacerlo mas dispendioso y complicado.

"Por esa razón y con apoyo en el artículo 215 de la Carta, esta sala unitaria lo declarará inaplicable y someterá el recurso al procedimiento señalado en el

decreto 2279 de 1989 (artículos 37 y siguientes) con las modificaciones hechas por el artículo 112 de la ley 23 de 1991"

Se observa que el antecitado artículo 215 de la carta, corresponde hoy al artículo 4 de la nueva constitución, con alcances similares.

Precisado lo anterior, pasa a decidirse el recurso planteado. Para el efecto, se seguirá el siguiente orden: a) Los motivos de impugnación; b) Los fallos en derecho y en conciencia; c) El caso concreto. y d) La conclusión.

a) Los motivos de impugnación

El recurso de anulación de un laudo arbitral es de carácter extraordinario. Y como tal dicha decisión no puede anularse sino por causales específicas y taxativamente señaladas en la ley. Ley que para el caso no es otra que el decreto 2279 de 1989 con las modificaciones introducidas por la ley 23 de 1991 y por el decreto 2652 de ese mismo año; decreto aquél que reemplazó en su totalidad el título XXXIII(artículo 663 y siguientes) del c. de p.c.

Se insiste en esta presentación porque por analogía no pueden crearse otras causales y menos buscarse, so pretexto de la anulación del laudo, una nueva evaluación del acervo probatorio por falta de motivación en torno a las pruebas y con miras a lograr otra decisión diferente.

No puede olvidarse que en estos eventos también impera el principio de la autonomía en la apreciación de las pruebas hechas por el juzgador de instancia, máxime cuando dentro de las causales de nulidad del laudo no figuran, como en casación, las de violación de norma sustancial como consecuencia del error de derecho por infracción de regla probatoria o por error de hecho manifiesto en la aprecicación de determinada prueba.

Se hace la precisión precedente porque el escrito de sustentación del recurso da a entender que no es otra cosa la que pretende el recurrente, el cual para respaldar su inconformidad con el fondo de la decisión se apoya en el hecho (afirmado por él) de que las pruebas no fueron apreciadas, porque el laudo carece de motivación en torno al valor probatorio que se le asigna a cada una de éstas. El enfoque es ciertamente inteligente pero está por fuera de los límites precisos que tiene el recurso estudiado, máxime frente a la causal esgrimida como única.

Aunque en un principio el señor apoderado del Consorcio señaló las causales 4a. 6a. y 8a., en su escrito de sustentación final, con el argumento de que la 4a. y la 8a. se asumen en la 6a, la reduce a ésta o esa, por "haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo."

No comparte la sala anterior apreciación del recurrente (la aludida subsunción) porque carece de respaldo tanto en la ley como en la doctrina y jurisprudencia nacionales.

Para rechazar esta apreciación, que iría contra la lógica misma del recurso y su especialidad, basta observar que la causal 4a. se refiere a circunstancias probatorias antecedentes al fallo arbitral, como son las de no haberse practicado pruebas pedidas o dejado de practicar diligencias necesarias para evacuarlas, y la 6a, a la órbita normativa o marco de referencia dentro de la cual se tiene que mover el juez arbitral para dictar su fallo; o sea la normatividad jurídica o la equidad, según sea el fallo en derecho o en conciencia. Y la causal 8a. también es ajena a la 6a. porque se refiere al desconocimiento del principio de la congruencia, bien por extra o ultra petición.

b) Los fallos de derecho y en conciencia

Tal como lo dispone la ley (artículo 96 de la ley 23 de 1991) el arbitramento puede ser en derecho, en conciencia o técnico.

Para este efecto las partes indicarán si los árbitros deben decidir en derecho, en conciencia o fundados en principios técnicos. Si nada se estipula a ese respecto, se entenderá que el mandato legal (artículo 6 del decreto 2279).

Como se infiere de los textos legales, el fallo en derecho tendrá que acatar el ordenamiento jurídico y el marco de referencia no podrá estar sino en él. Por esa razón, el juez estará sometido no sólo a las reglas adjetivas que regulan el proceso arbitral, sino a la normatividad sustantiva que rige los derechos pretendidos; no pudiendo conocer sino lo permitido en la ley.

En cambio, cuando el juez decide en conciencia, se mueve en un marco normativo diferente mas amplio, porque como lo dice la jurisprudencia cuando asi actúa tiene la facultad de decidir *"exi quo et bono"* , locución latina que quiere decir "conforme a la equidad o según el leal saber y entender" (Jurisprudencia Arbitral en Colombia, 1988 U. Externado de Colombia, pág. 181.).

Tal amplitud permite aceptar que cuando el Juez arbitral decide en conciencia puede aún conciliar pretensiones opuestas; conducta que no puede asumir cuando falla en derecho, y aun decidir sobre extremos no suficientemente probados pero posibles.

Pero ese fallo en conciencia, pese a su extensión, no puede ser arbitrario y mucho menos desconocer los hechos del proceso o las reglas de la lógica y de la experiencia; porque tanto esos hechos como las mencionadas reglas, constituyen obligaciones obvias e implícitas impuestas a los jueces de conciencia para la recta ejecución de su cargo judicial. Porque tanto el árbitro de derecho como el de conciencia, administran justicia (idea que excluye, de principio, la arbitrariedad) ya que el juicio arbitral no es mas que un equivalente procesal etero-composición, según la terminología del profesor Cornelutti, quien clasifica dichos equivalentes (en los que la composición del litigio se logra por medios distintos a los del proceso judicial propiamente dicho) en dos grupos así: a) por auto-composición (obra de

la actividad de las mismas partes, tales como la conciliación o la transacción); y b) por etero composición (decisión de árbitros, por ejemplo).

No entra la sala a hablar del arbitramento técnico, porque para el caso carece de importancia.

El caso concreto

Para la parte recurrente el laudo aqui impugnado, proferido el 11 de abril de 1991, es nulo, "por cuanto el mismo se produjo, de manera manifiesta, en conciencia y no derecho como ddebió hacerlo de conformidad con la cláusula trigésima octava del contrato 3554, del 24 de julio de 1981, pactado entre el Consorcio y la Empresa."

Para hacer esa calificación (primera parte de su alegato) se apoya en el mandato contenido en el artículo 187 del c. de p.c. que le obliga al juzgador no sólo a apreciar las pruebas en su conjunto, sino a expóner en forma razonada en mérito que le asigne a cada prueba; y trae a colación jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el alcance de dicho mandato y sobre las consecuencias que se derivan del hecho de que el juez no haya analizado las pruebas en la forma indicada por el mismo.

Arguye luego en la segunda parte de su escrito, para respaldar su afirmación de que el fallo fue en conciencia, que el artículo 24 del decreto 222 de 1983 no podía tenerse en cuenta por el tribunal como pauta interpretativa de la conducta de las partes, porque por mandato del mismo decreto (artículo 18) sólo era aplicable a los contratos administrativos celebrados con posterioridad al 2 de febrero de 1983.

Y anota , en la tercera parte de su alegato, que el tribunal se equivocó al dar por sentado que los mecanismos de actualización contemplados en los artículos 86 del decreto 222 y 323 del código fiscal del Distrito Especial (acuerdo N° 6 de 1985) eran los aplicables, cuando los vigentes eran los regulados en los artículos 371 del acuerdo N° 9 de 1976 y 74 del decreto 150 de 1976, vigentes el 24 de junio de 1981 cuando se celebró el contrato N° 3554.

Pues bien. Dice la cláusula trigésima octava del contrato 3554:

"CLAUSULA TRIGESIMA OCTAVA.- CLAUSULA COMPROMISORIA. Sin perjuicio de las facultades consagradas para "LA EMPRESA" en la cláusula Trigésima sobre declaratoria administrativa de caducidad del Contrato, las diferencias que se presenten durante su ejecución y hasta cumplirse el período de responsabilidad establecido, sobre materias distintas a las contempladas en la Cláusula Trigésima y en las cuales "LA EMPRESA" y el "CONTRATISTA" no se pongan de acuerdo, se someterán a un tribunal de arbitramiento. El tribunal de arbitramento estará constituido por tres árbitros, todos ellos nombrados de común acuerdo entre las partes. Si dentro de los treinta (30) días siguientes a la solicitud de arbitramiento de cualquiera

de la partes, no hubiere acuerdo total en cuanto al nombramiento de alguno o de varios de los árbitros, corresponderá al señor Presidente de la República de Colombia la asignación del árbitro o árbitros que faltaren. Para estos efectos bastará que una cualquiera de las partes así lo solicite. El Tribunal así constituido se someterá en todo a las disposiciones que sobre la materia establece el Código de Procedimiento Civil y su decisión será en derecho y obligatoria para las partes. El Tribunal de arbitramiento funcionará en la ciudad de Bogotá, Distrito Especial, República de Colombia. Mientras el Tribunal esté integrado los plazos correrán normalmente: hasta producirse el fallo.. Los efectos de la Cláusula de Caducidad, así como las causales que den lugar a su aplicación no serán susceptibles de decisión arbitral."

Como se ve, la cláusula compromisoria contiene un mandato inequívoco: La decisión del Tribunal de arbitramiento será en derecho y obligatoria para las partes.

En igual sentido en los antecedentes del laudo, luego de designar a los miembros del tribunal, Doctores Germán Giraldo Zuluaga, Alvaro Tafur Galvis y Sergio Rodríguez Azuero, se lee que fueron escogidos de común acuerdo entre las partes, "como árbitros para constituir el Tribunal *que debe decidir en derecho* las diferencias sugidas en desarrollo del contrato N° 3554, celebrado entre ellos el 24 de junio de 1981, cuyo objeto es la ejecución de las obras para el proyecto Hidroeléctrico del Guavio"...

Además, de la lectura del fallo en cuestión no se desprende que los árbitros, olvidando su mandato, hubieran optado por decidir el litigio planteado simplemente en equidad o a su leal saber y entender. No existe ninguna frase o locución que así lo de a entender; y antes, por lo contrario, la argumentación que presenta se ajusta a la más estricta técnica procesal, la que no es ni puede ser meramente formal, como lo pretende el Consorcio recurrente.

Para la Sala, entonces, no es aceptable el argumento del recurrente cuando afirma, con apoyo en el siguiente aparte de la sentencia de la Corte Suprema de 12 de febrero de 1980, que el fallo se dictó en conciencia en contradicción con lo previsto:

"Además debe exponer razonablemente en cada caso, cuál fue el mérito que le asignó a cada prueba y a todas ellas en conjunto, y los motivos que tuvo para hecerlo, *pues de lo contrario su apreciación sería en conciencia,* sistema éste que sólo es de recibo para los jurados en las causas penales en que intervinieron y para ciertos laudos arbitrales." (Subrayas fuera de texto).

Y no se acepta porque esa sentencia presente desfases de carácter doctrinario al confundir, en primer término, la carencia de motivos o razones para decir con falta de motivos o razones para decir con falta de motivación; y al dar a entender que fallo arbitral en derecho que carezca de motivación probatoria lo convierte en fallo en conciencia.

Y no es aceptable la confusión, porque toda sentencia (y al arbitral no es la

Y no es aceptable la confusión, porque toda sentencia (y al arbitral no es la excepción) debe reposar sobre un motivo o, en otras palabras, debe apoyarse siempre en una situación jurídica (de hecho y de derecho) preexistente anterior y determinante, que justifique su expedición. Y otra cosa diferente es que el juez que la dicte tenga que explicar con argumentos las razones de hecho y de derecho que le sirvieron de apoyo para decidir en determinada forma.

Tanto el fallo en conciencia como en derecho tiene que reposar sobre un motivo justificativo; ni el uno ni el otro pueden surgir por generación espontánea y sin que se apoyen en una situación jurídica preexistente que deba resolverse. Pero mientras el fallo en derecho debe explicar los motivos o razones de orden probatorio y sustantivo que tuvo para arribar a la conclusión que contiene la parte resolutiva, en el fallo en conciencia esa motivación no es esencial ni determinante de su validez.

El laudo en derecho que carezca de motivación no se convierte en fallo en conciencia. La diferencia entre estos fallos radica en ese aspecto formal o accidental, sino que toca, como se dijo, con el marco de referencia normativo que condiciona la conducta del juzgador en uno y otro.

Es cierto que el juez de derecho debe motivar sus fallos y que dentro de esa motivación las pruebas merecen tratamiento especial. Pero si incumple ese deber en forma absoluta el fallo podrá ser anulable, pero no cambiará su esencia para convertirse en fallo en conciencia. Esto como principio procesal general, porque frente a los laudos arbitrales esa falta de motivación no aparece contemplada dentro de las causales de anulación de los mismo y menos cuando no se niega sino que se clasifica como deficiente o irregular.

En el campo de las nulidades procesales el juez no se puede salir de las normas legales que desarrollan el principio del debido proceso. Por eso el artículo 29 de la constitución de hoy (26 de la anterior) no puede considerarse cono una causal autónoma de nulidad. No, esa norma no es mas que la justificación mediata de las nulidades.

En suma de lo anterior, solo cuando el fallo que se dice en derecho deje de lado, en forma ostensible, el marco jurídico que deba acatar para basarse en la mera equidad podrá asimilarse a un fallo en conciencia. Porque si el juez adquiere la certeza que requiere para otorgar el derecho disputado con apoyo en el acervo probatorio y en las reglas de la sana crítica, ese fallo será en derecho, así no hable del mérito que le da a determinado medio o al conjunto de todos.

Un fallo en derecho irregular es eso y no otra cosa y la ley establece los mecanismos para corregir esos extremos en forma limitada y taxativa y nunca por analogía. Aqui tampoco opera la tesis de la conversión del acto jurídico, que tiene aplicación en algunos casos dentro de la doctrina del acto administrativo.

Atrás se dijo que el texto del laudo no permite concluir que el fallo se dictó

en conciencia. La argumentación hecha es no sólo jurídica desde el punto de vista formal, sino de fondo. No podía esperarse menos dadas las calidades de los miembros del tribunal.

La motivación de los fallos no está sujeta a ciertas formas preestablecidas; esa motivación obedece mucho al estilo propio del juzgador; y en esa materia probatoria, frente al sistema valorativo de la persuasión racional o sana crítica existe una mayor libertad, porque el juzgador no tiene que acatar una tarifa legal preestablecida, sino que se mueve dentro de las reglas de la lógica, la experiencia y la sicología. Para el profesor Hernando Morales el sistema mencionado "obliga a apoyar la sentencia en las leyes de la diálectica, de la experiencia común y del criterio moral que haya producido la convicción. La libre convicción es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero sin olvidar los preceptos de higiene mental, tendiente a asegurar el más certero y eficaz razonamiento (H.Morales III Congreso Académico Nacional de Jurisprudencia).

Para la sala, se suma, el análisis probatorio no merece reparo alguno y por parte alguna se vislumbra la violaciópn del artículo 187 del c. de p.c.

Por lo demás, el recurso muestra un ostensible desenfoque, ya que so pretexto de sostener que fue dictado en conciencia, el recurrente trae a debate una causal nueva, propia de la casación, e inadmisible en el recurso aqui estudiado: la violación directa de los artículos 187 del c. de p.c., 24 y 86 del decreto 222 de 1983 y 323 del acuerdo 6 de 1985.

Visto lo anterior, se concluye:

a) El fallo se dictó en derecho, como era lo pactado.

b) Fue suficiente y adecuadamente motivado tanto en los hechos y sus pruebas como en derecho.

c) Las causales de violación de la ley, alegadas, no encajan en este recurso extraordinario y menos dentro de la única causal propuesta.

d) La recurrente al formular su recurso en la forma como lo hizo buscó, por un camino equivocado, la revisión de la decisión arbitral; en otras palabras, un nuevo fallo acorde con sus pretensiones. Al cuestionar la violación de la ley en relación con el análisis probatorio no pretendió otra cosa y el recurso no permite ese nuevo análisis.

e) Los puntos de vista de la entidad pública demandada coadyuvaron para tomar esta decisión, ya que fueron acertados, serios y ajustados a derecho.

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:

No se decreta la nulidad del laudo dictado el 11 de abril de 1991, por el tribunal de arbitramento compuesto por los Doctores Gemán Giraldo Zuluaga, Sergio Rodrígez Azuero y Alvaro Tafur Galvis.

Costas a cargo del Consorcio recurrente.

COPIESE Y NOTIFIQUESE

Esta providencia fue aprobada por la sala en su sesión celebrada el dia 2 de abril de 1992.

Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta, Javier Diaz Bueno,Conjuez,

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: Se reitera el contenido del auto de junio 17 de 1991.

EXPROPIACION/ UTILIDAD PUBLICA/ INTERES SOCIAL/ ACTO ADMINISTRATIVO-Motivación

La ley 30 de 1988 le dio un vuelco al sistema de la expropiación agraria, ya que no solo le cambió de jurisdicción al proceso, sino que dispuso que el acto administrativo que la ordena no será susceptible a ninguna de las acciones contencioso administrativas ni de suspensión provisional. El control jurisdiccional se ejerce a través del incidente de impugnación de legalidad del mismo dentro del proceso judicial de expropiación. El requisito de la motivación debe entenderse satisfecho cuando la administración en forma comprensiva, que puede ser somera o sumaria, exponga las razones de hecho y de derecho que justifican la medida tomada. Es requisito formal; por esa misma razón la nulidad del acto por este motivo solo podrá lograrse cuando el acto carezca en forma absoluta de motivación, o cuando teniéndola esa motivación sea de simple comodín. Vaga o genérica, susceptible de aplicarse a todos los casos.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Tercera.- Santafé de Bogotá D.C., Abril siete (7) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia: Expediente N° 6536-Actor:INCORA.

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la sociedad José Tulena Abiramy y Cía. S. en C. contra la sentencia de 2 de noviembre de 1990, adicionada el 21 siguiente, mediante la cual el tribunal administrativo de Córdoba decidió:

"1.- Decretar la expropiación por motivos de utilización pública e interés social de 158 Hectáreas 8.456 Mts. correspondientes al predio rural y los derechos reales constituidos en el denominado "CARTAGENITA" ubicado

en jurisdicción del municipio de San Andrés de Sotavento, Departamento de Córdoba, de propiedad de la Sociedad JOSE TULENA ABIRAMY Y CIA. S.en C. y de los derechos reales constituidos sobre ese inmueble el cual se halla comprendido dentro de los siguientes linderos generales tomados de la inscripción de folio de Matrícula Inmobiliaria N° 144-000-1615, Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo de Chinú. SUR O FRENTE: Carrera Nacional en medio con predio de Godín Alberto y Caserío denominado la Argentina, camino de Herradura en medio que San Andrés conduce a Chinú; NORTE O FONDO: con predio de Ardila José de los Santos y Coronado Felipe; ESTE O DERECHA entrando con predio de Banda José Manuel; de Mejía Damasco y otra vez con predio de Banda José Manuel; OESTE O IZQUIERDA entrando con predio de Tulena Abiramy José, de solar Blanca, camino antiguo de San Quirrá en medio continúa con predio de Solar Blanca, de Polo José y Alean Fernan Manga de por medio.

"2- Adjudicar a favor del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, INCORA el predio y los derechos reales constituidos en él denomindado "CARTEGENITA ' e identificado plenamente en el punto anterior.

"3- Decretar el avalúo del predio apropiado y sus mejoras, para lo cual se designan dos peritos avaluadores de la lista de auxiliadores de la justicia del Tribunal.

"4- Ordenar la cancelación de los gravámenes, embargos e incripciones que recaigan asobre el bien expropiado identificado en el punto primero de esta sentencia.

"5- Ordenar la protocolización de la presente providencia en la Notaria en turno del Círculo de Montería y su correspondiente inscripción en el Folio de matricula Inmobiliaria N°144-000-1615 de la oficina de Registro de Instrumentos Públicos del círculo de Chinú.

"6- Condenar en costas al demandado.

"7- Reconocer personeria al Doctor Jaime Berdugo Manota, según poder de sustitución."

En la demanda de expropiación presentada por el Incora se narraron, en sintesis, los siguientes hechos:

1) Que el Instituto, con base en el numeral 1 del artículo 58 de la ley 135 de 1961, dictó los acuerdos N° 022 y 044 de 1988 la realización de las labores durante los años 1988 y 1989.

2) Que dentro de las zonas elegidas está el municipio de San Andrés de Sotavento y dentro de éste el predio Cartagenita requerido para el programa señalado en el numeral 6 del artículo 54 de la ley agraria.

3) Que el programa fue sometido el Compes, quien lo aprobó.

4) Que cumplidos esos trámites, el Instituto, mediante las resoluciones 075 y 106 de septiembre 12 de diciembre 19 de 1988, facultó al gerente general para adquirir las tierras necesarias para el programa, bien por negociación directa o bien por expropiación.

5) Que el programa se publicó en los períodicos El Tiempo y El Espectador, en su edición del 27 de diciembre de 1989.

6) Que como la propietaria del predio Cartagenita rechazó la oferta de compra, el Incora dispuso la expropiación del predio y le ordenó a la gerencia que instaurara el correspondiente proceso.

7) Que la propietaria interpuso reposición contra el acto que ordenó la expropiación; recurso que debe entenderse denegado en virtud de la presentación de la demanda.

Admitida la demanda mediante auto de julio 27 de 1990, se dió traslado al demandado para los efectos de ley.

La parte demandada contestó la demanda y presentó, en escrito separado, el incidente de impugnación (a folios 86 y siguientes). En dicho escrito cuestiona la resolución Nº 01783 de 9 de abril de 1990 y su complementaria, la 036 de la misma fecha, por motivos de forma, planteados dentro de la reposición interpuesta en vía gubernativa, en los siguientes términos:

> "La resolución emanada de la Gerencia General en el artículo primero de la parte dispositiva expresa que la expropiación se adelanta por "motivos de utilidad pública e interés social". Mas sucede que en la parte considerativa no contiene como premisa mayor una sola motivación que indique los factores, circunstancias o hechos generadores de "utilidad pública e interés social". Veamos: a) En el primer párrafo cita las disposiciones que le confieren al Instituto la facultad para adquirir tierras y mejoras, y establecer los distintos programas: b) En el segundo aparte señala el Acuerdo que autoriza a la Junta Directiva para determinar la zona donde se encuentra ubicado el inmueble; c) El párrafo tercero precisa los números y fechas de las resoluciones emanadas de la Junta Directiva otorgándole facultades a la Gerencia General para adquirir por negociación directa o por expropiación tierras y mejoras; d) En el cuarto aparte señala la resolución de la Gerencia General autorizando a los Gerentes Regionales para "adelantar todas las diligencias destinadas a reunir los elementos nacesarios..."; e) En el quinto párrafo expresa que la Gerencia de Córdoba cumplió ese cometido, hasta llegar a formular oferta de compra; y f) En el resto de esa parte "motiva" se dice que la oferta fue escrita, rechazada por el propietario y con ello se entiende agotada esa etapa".

Señala en ese mismo escrito de impugnación como normas violadas los artículos 30 de la Constitución; 1° parágrafo 5°, del artículo 58 de la ley 135 de 1961; y 84 del c.c.a.

El a-quo luego del procedimiento de rigor, desató la instancia en la forma indicada.

De ese fallo se destaca el siguiente aparte:

"Incuestionablemente, la Corporación no duda de que los planteamientos hechos en la exposición de motivos constituyen los verdaderos hechos sociales que, como fenómenos de naturaleza objetiva tangibles, fueron tomados por el Instituto Colombiano de Reforma Agraria para, en cumplimiento de uno de sus objetivos esenciales de utilidad pública e interés social, determinar zonas de Reforma Agraria en donde cumplir programas, acorde con las circunstancias específicas de cada una de ellas, que para el caso de la zona de ubicación del predio CARTAGENITA se adoptó el programa de dotación de tierras y mejoras a Comunidades Indígenas allí asentadas, que incidirá aunque sea teóricamente en la disminución de la miseria en que viven.

"Con los estudios y procedimientos citados se cumplió el itinerario formal y objetivo que la ley establece para llegar al acto expropiatorio, lógicamente como queda expresado, dados y justificados, dentro del procedimiento, los motivos de utilidad pública e interés social transcritos en los Acuerdos, base legal próxima de la expropiación decretada.

"De lo anterior se tiene que, habiéndose cumplido tales formalidades no aparece la alegada causal de nulidad, por expedición en forma irregular del acto, por cuanto éste está soportado en las resoluciones y acuerdos de Junta, que a su vez contienen la motivación en hechos tangibles que hacen nacer la adopción de los programas en orden a satisfacer el objetivo de utilidad pública e interés social, luego no prospera la impugnación invocada.

"Desatada la impugnación propuesta, el Tribunal por prescripción legal procedimental debe entrar a decidir el fondo del asunto sobre la expropiación demandada.

"En tal virtud, es claro que se han cumplido los requisitos procedimentales establecidos por la ley hasta llegar a la expedición en legal forma de los actos administrativos que ordenan adelantar la expropiación; sin embargo, teniendo en cuenta el Art. 57 de la misma ley 135, referente a la determinación de la escogencia de los predios a adquirir o expropiar, el Tribunal debe acotar, ante la no motivación o sustentación concreta de tal aspecto en los diferentes actos administrativos que integran todo el procedimiento, que tal determinación no puede ser fruto de la apreciación subjetiva sino de un estudio socio económico y técnico, orientado a demostrar que es ese predio señalado el que con carácter prioritario o preponderante va a incidir eficazmente en la solución de la problemática social existente, que confrontando con otras sería más conveniente

por los aspectos de áreas, calidad de suelos y grado o estado de su explotación. "Sólo así, se puede arribar a una justa en concordancia con el principio Constitucional que garantiza la propiedad privada y la función social que lleva implícita; es urgente, de no existir, la adopción de tales procedimientos a fin de cumplir dicho objetivo. No obstante lo anterior, el Tribunal acoge la única alternativa de atenerse a las motivaciones fundadas en los hechos y circunstancias de carácter social expresados como base para el criterio de utilidad pública a interés social, que sustentan los actos expropiados."

Descontenta la parte expropiada, interpuso apelación y pidió aclaración del fallo; produciéndose así adición en los siguientes términos:

"1- Adiciónase la sentencia de 2 de Noviembre de 1990, en el sentido de negar la Nulidad de las Resoluciones N° 01783 de Abril 9 de 1989 y de su complementaria 037 de la misma fecha, que la impartió aprobación, expedidas por el Gerente General del INCORA y por la Junta Directiva de dicho Instituto respectivamente, con fundamento en lo expuesto en la parte motiva de la misma sentencia de fecha 2 de Noviembre de 1990".

Concedido el recurso para ante sala, se le dio a la segunda instancia el trámite correspondiente. La parte recurrente su recurso en las siguientes consideraciones:

"1° Al contestar la demanda se promovió incidente de impuganción la nulidad de la Resolución N° 01783 de abril 9 de 1990, la cual ordenó adelantar proceso de expropiación y su complementaria que le impartió aprobación. Ese acto administrativo se acusa como afectados de nulidad por falta de motivaciones, y por vicios de forma, con fundamento en el artículo 84 del Código Administrativo.

"2° En esa oportunidad se señaló, que el acto acusado en la parte resolutiva expresa que la expropiación procede adelantarla por "motivos de utilidad pública e interés social" En efecto, esa situación sigue militando como causal de nulidad, desde luego que la administración no lo satisface legalmente diciendo, o limitándose a citar el número y las fechas de aquellas tantas resoluciones que le atribuyen competencia al Incora, a la Junta Directiva, al Gerente General, y a los Gerentes Regionales para adelantar negociaciones de tierras, o adquirirlas mediante expropiación.

"En ese orden de ideas no existen motivaciones, faltan las motivaciones y por consecuencia, la determinación de expropiar carece de fundamentos legales.

"3°. Así lo reconoce el Tribunal en varios pasajes de su sentencia; en uno de ellos puntualiza: (p-12)

"4°.- Excelente entendimiento del Tribunal sobre el punto de la falta de motivación del acto administrativo acusado, porque solamente motivándolo con el señalamiento y precisión de los hechos generadores de los "motivos de

utilidad pública e interés social", "se puede arribar a una decisión justa en concordancia con el principio constitucional que garantiza la propiedad privada y la función social que lleva implícita."

"5°.- Obsérvese que el Tribunal conviene en que el acto atacado no tiene motivaciones que como premisas mayores le sirvan de apoyo a la conclusión; así esa decisión no es justa. Pero lamentablemente, a renglón seguido cae en una profunda contradicción cuando dice: "No obstante lo anterior, el Tribunal acoge la única alternativa de atenerse a las motivaciones" expresadas en el acto administrativo acusado de nulidad. Cabe preguntarse: Cuáles "motivaciones"? Acaso no acaba de reconocer que legalmente no existen? "que tal determinación no puede ser fruto de la apreciación subjetiva. Entonces, cómo es que sólo queda "la única alternativa". Ese predicamento no parece afortunado; lo digo con respeto; no lo es, porque si no existen las motivaciones para tomar una justa decisión, la única, legal y jurídica alternativa es declarar la nulidad del acto.

"6°.- Pero no, se profiere el fallo decretando la expropiación, aduciendo subjetivamente factores "socioeconómicos" que la resolución impugnada no los menciona en lo más mínimo, y que si algo hay sobre tal aspecto en alguna pieza del expediente, debemos tener en cuenta que lo afectado de nulidad, no lo que se acusa como viciado, es el acto administrativo que en su cuerpo omite las motivaciones, o que si los tiene son falsos, y por ende irregular en su creación".

Por inadevertencia y pese a que el recurso había sido sustentado al interponerlo, se le dió a la parte actora una nueva oportunidad de sustentación. Así, mediante apoderado diferente la parte demandante precisó los motivos de inconformidad que tenía con el fallo de instancia. (a folios 131 y siguientes).

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

Para la fiscal 2a. de la Corporación, Doctora Edneé Cohen Daza, la sentencia apelada merece confirmación. Así en su concepto de 16 de septiembre de 1991, a modo de conclusión, anota:

"Estudiado el expediente, esta Agencia del Ministerio Público comparte plenamente las razones que tuvo el Tribunal para decretar la expropiación del predio "Cartagenita" solicitada por el INCORA.

"El proceso de adquisición de tierras que realiza el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -INCORA- debe entenderse como un conjunto de actos, actividades y hechos, desarrollados por diferentes funcionarios de la administración; este procedimiento está señalado en las diferentes normas que regulan la materia y termina con un acto administrativo que resuelve adelantar la expropiación del predio e iniciar el correspondiente proceso de expropiación ante el Tribunal Administrativo correspondiente.

"Así pues, en el caso concreto no se puede desconocer que la resolución que puso fin al proceso administrativo que se discute, tuvo sus antecedentes en otros actos de contenido general como fue el Acuerdo N° 022 de 16 de agosto de 1988 por el cual se adoptaron unos programas y se determinaron las zonas donde debían adelantarse los programas de reforma agraria en el año de 1988. En ese acuerdo, cuya copia está anexada el folio 5 y siguientes, se señalaron las razones qué llevaron a la administración a adelantar los programas de reforma, programas que como allí mismo se dice guardan relación directa con los propósitos y fines que la ley 135 de 1961 y demás normas que la han adicionado, establecen."

"Al folio 42 aparece un resumen de visita al predio "Cartegenita" en donde se dejó la siguiente observación: "El predio se encuentra localizado dentro del resguardo indígena Zenú de San Adrés de Sotavento."

"Respalda lo anterior la comunicación visible a folio 41 procedente del Resguardo Indígena dirigida al Gerente Regional del INCORA, la cual pone de presente el problema de la comunidad indígena en la zona y su interés en la negociación del predio "Cartagenita".

"De las pruebas analizadas, se deduce que realmente el propósito de la administración era "dotar de tierras y mejoras a las comunidades indígenas y recuperar las tierras de resguardos ocupados por colonos que no pertenezcan a la respectiva parcialidad", como se consagró en el Acuerdo 022 de 1988.

"Entendido el acto final que decide la expropiación como parte de todo el procedimiento administrativo, es claro que en ese acto no era necesario consignar en detalle cada uno de los diferentes planes y menos aún las circunstancias y hechos que originaron la adopción de los mismos.

"Por lo expuesto, la oposición de la parte demandada no puede prosperar; en consecuencia la sentencia objeto del recurso de apelación debe ser confirmada."

Historiado lo anterior, hasta la sala:

En la sustentación del recurso la parte expropiada impugna la resolución que decretó la expropiación (la resolución N°01783 de 9 de abril de 1990) tanto por falta de motivación como por vicios de forma, "con fundamento en el artículo 84 del código administrativo. "Arguye que el Incora se limitó a afirmar que la expropiación procede por motivos de utilidad pública e interés social y que la exigencia legal no se cumple o satisface con la mera cita de las resoluciones que le atribuyen competencia al Incora, a su gerente, a la junta directiva o a los gerentes regionales.

Observa la parte interesada que el mismo tribunal reconoció esa falta de motivación, aunque se contradijo luego al dar por satisfecho este requisito.

Para la sala la sentencia merece ser confirmada en todas sus partes, tal como solicita la fiscalía en su concepto de 16 de septiembre de 1991.

En asuntos como el aquí tratado la ley agraria ha tenido una evaluación que cabe destacar frente al acto de expropiación y su impugnación. Así, con la expedición de la ley 135 de 1961 el acto era susceptible de un anónimo recurso de consulta ante el tribunal administrativo correspondiente a la ubicación del inmueble. Se dice que anómalo porque esa consulta se producía durante la etapa gubernativa y trascendía los límites de la administración para caer en la jurisdicción; además, los efectos de esa consulta eran bien restringidos como que su control de legalidad quedaba circunscrito a la calificación de las tierras y su calidad de expropiables. (artículo 61 de la ley 135 de 1961 y 25 de la ley 4a. de 1973).

Luego, con la expedición del decreto 01 de 1984 ese acto de expropiación quedó sometido al régimen general de los actos administrativos; y por ende, susceptible de las acciones de restablecimiento (artículo 85 del c.c.a.)

Posteriormente la ley 30 de 1988 le dio vuelco al sistema de la expropiación agraria, ya que no sólo le cambió de jurisdicción al proceso, sino que al acto administrativo que la ordena no será susceptible de ninguna de las acciones contencioso administrativas ni de suspensión provisional. No queriendo significar con esto la ley que quedaba huérfano de control jurisdiccional, porque para ese efecto previó el incidente de impugnación de legalidad del mismo dentro del proceso judicial de expropiación y en los términos del numeral 8 del artículo 25.

Incidente que expresamente permite impugnar el acto expropiatorio por las causales previstas en el artículo 84 del c.c.a., o sea incompetencia, expedición irregular, falsa motivación, desviación de poder, violación de los derechos de audiencia y defensa e infracción de la regla de derecho de fondo (artículo 14 del decreto 2304 de 1989).

En el caso aquí estudiado, la propietaria del inmueble afectado con el acto presentó la demanda incidental en forma oportuna. Allí alegó la nulidad de las resoluciones N° 01783 y 036 de 9 de abril de 1990 por vicios de forma, ya planteados en la reposición que interpuso contra la resolución primeramente citadas que no le fue resuelta.

Arguye que la parte considerativa del mencionado acto "no contiene como premisa mayor una sola motivación que indique los factores, circunstancias o hechos generadores de "utilidad pública e interés social" y para confirmar su aserto explica cada uno de los considerandos y su alcance.

Para la sala la argumentación hecha por el a-quo es suficiente para mantener la decisión. Efectivamente la motivación reúne las exigencias de la ley.

El requisito de motivación, como lo ha dicho la jurisprudencia reiterada de la corporación, se cumple cuando la administración al expedirlo explica, así sea en

forma sumaria y comprensiva (entendiendo el primer término semanticamente como breve, lacónico, somero o compendiado), las razones de hecho y de derecho que tuvo para hacerlo.

Asimismo se ha dicho que la obligación de motivar se impone siempre que el acto administrativo afecte a los particulares (artículo 5° ley 58 de 1982), y que esta motivación, en principio, debe figurar dentro del cuerpo mismo de la decisión, bien en forma expresa o con referencia a actos o documentos precedentes que revelen con claridad la situación fáctica o jurídica justificativa de la medida.

Aplicando estas ideas al caso concreto debe concluirse no sólo que la motivación expuesta en el acto impugnado es suficiente, sino que los antecedentes citados dentro de la misma motivación vienen a ser un refuerzo justificado de la medida decretada.

Frente a la resolución 01783 cabe observar que los considerandos narran circunstancias de hecho y de derecho que cumplen la exigencia legal. Así se citan los artículos 64 y 58 de la ley 135 de 1961 y los acuerdos 022 y 044 de 1988, dictados con base el último, mediante los cuales se determina como zona agraria N° 1 en el Departamento de Córdoba un área comprensiva del territorio de varios municipios, entre los que se cuenta el de San Andrés de Sotavento, para cumplir los programas de que tratan los numerales 1,3,6 y 12 del artículo primeramente citado.

Asimismo se citan las resoluciones N° 75 y 106 de septiembre 12 y diciembre 19 de1988, mediante las causales se faculta a la gerencia general del Instituto para que adquiera las tierras necesarias para la ejecución de los programas señalados en los acuerdos 022 y 044.

También se hace referencia a los distintos pasos que el Instituto cumplió para adquirir el predio rural Cartagenita, situado en el municipio de San Andrés de Sotavento, hasta el fracaso de la negociación directa.

Este breve recuento muestra, por sí solo, que la impugnante no tiene la razón.

El requisito de la motivación debe entenderse satisfecho cuando la administración en forma comprensiva, que pueda ser somera o sumaria, como dijo, exponga las razones de hecho y derecho que justificaran la medida tomada. Es requisito formal; por esa misma razón la nulidad del acto carezca en forma absoluta de motivación o cuando teniéndola, esa motivación sea de simple comodín, vaga o genérica, susceptible de aplicarse a todos los casos, ya que la jurisprudencia asimila esta hipótesis a la primera.

Vista la no prosperidad de la impugnación propuesta por la sociedad dueña del inmueble que pretende adquirir el Instituto por la vía de la expropiación, la sala estima que la sentencia apelada merece mantenerse.

El acto de expropiación no puede cuestionarse aisladamente, máxime cuando, como en el caso concreto, el que puso fin a la actuación administrativa (las resoluciones 01783 y 036) tienen sus antecedentes en otros de contenido general (los acuerdos 022 y 044 de 1988), mediante los cuales se adoptaron unos programas agrarios de interés social y se determinaron las zonas donde debían cumplirse para su desarrollo durante 1988. También aparecen bien evidenciadas en el expediente las razones que llevaron a la administración a adelantar dichos programas, los cuales guardan relación directa con los propósitos y fines de la ley 135 de 1961.

Finalmente la sala anota:

Las resoluciones impugnadas, como actos administrativos que son, están amparadas con las presunciones de legalidad y veracidad y dentro del proceso no fueron validamente refutadas. En primer término, no se manejó con éxito la violación de la normatividad superior; antes, por el contrario, este aspecto apareció ampliamente corroborado, ya que la actuación administrativa se unió en un todo a la ley agraria y a la constitución.

En parte alguna se puso en evidencia la violación de las normas citadas en la demanda incidental de impugnación y menos frente al parágrafo 5° del artículo 58 de la ley 135 (artículo 24 de la ley 30 de 1988); entre otras razones porque no se probó que la propietaria de manera voluntaria hubiera ofrecido en venta el inmueble aquí afectado (hipótesis normativa), ya que el expediente muestra una realidad diferente. Fue el Incora el que hizo la oferta (ver escrito a folios 61 y siguientes) y la propietaria la rechazó expresamente; lo que dio lugar a la expedición del auto que obra a folios 66, el cual abrió la etapa de adquisición forzosa ante el fracaso de la negociación directa.

Y en segundo lugar, las afirmaciones hechas por la parte expropiada para contradecir la motivación expuesta por el Incora, se quedaron huérfanas de pruebas. Por eso mismo y con aplicación del principio de la carga de la prueba la sentencia tendrá que confirmarse.

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

FALLA:

Confirmase la sentencia de 2 de noviembre de 1990, adicionada el 21 siguiente, dictada por el tribunal administrativo de Córdoba.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE

Esta providencia fue aprobada por la sala en su sesión celebrada el día 2 de abril de1992.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

GARANTIAS DEL CONTRATO-Exigibilidad/ **CONTRATO ADMINISTRATIVO**-Incumplimiento/ **CLAUSULAS EXORBITANTES**

La administración no puede dictar un acto administrativo, para hacer exigible directamente la garantia otorgada por la aseguradora, sin definir la ocurrencia del ministerio con lo obligado principal o sea con el contratista. Definición que, en ciertos eventos la puede hacer la administración en forma unilateral, al dictar el acto de caducidad o de terminación, al imponer una multa o declarar el incumplimiento que no encaje en las hipótesis enunciadas de caducidad, multas o declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal.

ACTO CONTRACTUAL/ CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Se impugnan dos actos administrativos de origen contractual que se integran en una unidad, los cuales no se pueden concebir sin la existencia misma del contrato; en forma alguna pueden considerarse como separables. La acción escogida puede interpretarse facilmente como contractual, así la denomine la demandante como de restablecimiento. No puede olvidarse que frente a la impugnación de los actos contractuales propiamente dichos, el petitum de la demanda puede ser formalmente similar al que se formula en la acción de nulidad y restablecimiento, sin que por eso pueda hablarse que la acción tenga que ser esta última.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Tercera.- Santafé de Bogotá D.C., nueve (9) de abril de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia:Expediente N° 6491

Actor: SOCIEDAD ASEGURADORA COLSEGUROS S.A..

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 27 de septiembre de 1990 dictada por el tribunal administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual se inhibió para fallar por ineptitud formal de la demanda.

En la demanda, presentada el 27 de junio de 1987 (a folios 13 vuelto) la demandante (Aseguradora Conseguros S.A.) pidió:

"PRIMERA.- Que es nula la resolución N° 000593 del 26 noviembre de 1986, expedida por el Gerente General de la Empresa Puertos de Colombia, que declaró "la ocurrencia del siniestro que ampara la póliza de seguro N° 6951265, expedida por la ASEGURADORA COLSEGUROS S.A..." y que condenó a dicha compañía, en consecuencia, al pago de la suma de TREINTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS TRES MIL QUINIENTOS PESOS ($38.803.500) moneda corriente."

"SEGUNDA.- Que es nula la resolución N° 000047 del 26 de febrero de 1987, emanada así mismo de la Gerencia General de la Empresa Puertos de Colombia, por medio de la cual se desechó el recurso de reposición interpuesto por la Aseguradora, y se confirmó la resolución N° 000593 del 26 de noviembre de 1986."

"TERCERA.- Que, en consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, se declare que mi representada no está obligada a pagar a la Empresa Puertos de Colombia la cantidad de TREINTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS TRES MIL QUINIENTOS PESOS, a que hace referencia la primera de las resoluciones citadas, ni ninguna otra suma de dinero por tal concepto."

"CUARTA.- Que, en subsidio de la petición anterior y, para el evento de que con anterioridad a la terminación del presente proceso, la Empresa Puertos de Colombia hubiere hecho efectivos las sumas de dinero que pretende, a título de restablecimiento del derecho, se condene a dicha entidad a restituir a mi representada cualquier cantidad que ésta hubiere sido constreñida a pagarle."

"QUINTA.- Que en el evento a que se refiere la petición que antecede, también a título de restablecimiento del derecho, se condene a la Empresa Puertos de Colombia a reconocer y pagar a mi mandante el valor correspondiente a los intereses comerciales que las sumas cobradas por concepto del seguro de estabilidad tantas veces mencionado, le hubieran producido a la ASEGURADORA COLSEGUROS S.A., desde el momento en que se hubiere visto forzado a pagarlas y hasta cuando se haga efectiva la restitución."

Como hechos fueron narrados, en síntesis, los siguientes:

1°) Que entre la Empresa Puertos de Colombia y la "Industria Maderera del Chocó Ltda "INMACHOCO" se celebró el contrato N° 1 de 1985, para la compra de 3835 pilotes y vigas de madera con destino al Terminal Marítimo de Buenaventura por un valor de $77.607.000.

2) Que la contratista se obligó a entregar los bienes objeto del contrato debidamente inmunizados (ver hecho 2°).

3) Que para cumplir lo pactado la contratista constituyó tres garantías: la de cumplimiento, la de correcto manejo del anticipo y la de calidad y correcto funcionamiento de los pilotes y vigas.

4) Que la contratista contrató la inmunización con Ferrocarriles Nacionales de Colombia y ésta se cumplió de acuerdo con el Icontec.

5) Que las vigas y pilotes fueron entregados oportunamente por la contratista y recibidos a satisfacción por Puertos de Colombia.

6) Que llevada a cabo la liquidación del contrato, la contratista presentó la garantía correspondiente a la calidad de la madera. (Ver póliza N° 6921565, Colseguros).

7) Que seis meses después Colpuertos realizó estudios para comprobar la calidad de la madera, contratando para el efecto a "Seico Ltda".

8) Que la parte actora cuestionó los análisis hechos por la mencionada firma y Colpuertos declaró ocurrido el siniestro mediante la resolución N° 000693 de 26 de noviembre de 1986, procediendo a exigir el pago del total de la cantidad asegurada.

9) Que contra esta resolución se interpuso reposición, la que fue resuelta a través de la resolución N° 00047 de 26 de febrero de 1987.

10) Que se está haciendo efectiva la garantía sin haber acreditado el monto real de los perjuicios que se dice sufrió la entidad oficial.

El tribunal, luego del trámite de primera instancia, se inhibió por "inaptitud formal" de la demanda. En el fallo recurrido se destaca esta circunstancia, así:

> "El contrato celebrado entre la empresa Comercial e Industrial del Estado, Puertos de Colombia y la sociedad INDUSTRIA MADERERA DEL CHOCO LTDA. es un contrato que se rige por las normas del Derecho Público y por tanto desde éste angulo y de acuerdo a la norma transcrita esta jurisdicción conoce de la demanda contra el acto por medio del cual la Aseguradora Colseguros S.A. solicita su nulidad."

"El acto Administrativo enjuiciado y originado de la Empresa Industrial y Comercial del Estado Puertos de Colombia, declara un siniestro, así dice la Resolución 0593: "Por medio de la cual se declara ese acto es de conformidad con su contenido y con los elementos que obran en el proceso, el incumplimiento del contrato celebrado en cuanto a que la mercancía objeto del convenio una vez entregada y después de un análisis técnico, fue encontrada defectuosa. Este incumplimiento como bien se puede observar, se deriva, o mejor, tiene íntima relación con el contrato mismo, es decir, que es un acto contractual, no separable del contrato, es una consecuencia del contrato mismo y por lo tanto es imposible predicar su existencia en forma independiente; además es importante no olvidar que de conformidad con el art. 70 del Decreto 222 los contratos de garantía forman parte integrante del convenio que garantizan lo que permite concluir que forman un solo cuerpo jurídico".

"En auto del 9 de marzo de 1988 el Consejo de Estado dijo:

"... los contratos de seguro deben mirarse con la misma postura conceptual con la que se ha diseñado el régimen especial de los contratos administrativos que garantizan, ya que su integración legal tiene como finalidad la de servir a unos mismos intereses generales."

"Los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales tan determinatorios de la contratación pública, gravitan permanentemente alrededor de los mencionados contratos de seguro, en razón de la incorporación ordenado en el artículo 60 de la misma reglamentación legal."

"La finalidad de la celebración del contrato de seguros es garantizar las pretensiones del contratista, que emanan de un contrato admistrativo, por lo que uno y otro apuntan a un mismo propósito administrativo."

"Se colige, por lo tanto, que si la sociedad aseguradora tiene interés en el cumplimiento del contrato garantizado: y las controversias alrededor de su existencia, validez, cumplimiento, interpretación, liquidación, revisión, son de estirpe contractual y, por la misma razón, la naturaleza de su acción se conforma con la del artículo 87 del C.C.A."

"En este orden, los actos enjuiciados aunque son decisiones unilaterales orientadas a obtener el pago de los productos que la sociedad industrial y Comercial del Estado encontró defectuosos, es un acto intimamente unido al contrato, es decir es un acto contractual cuya impugnación solamente puede realizarse a través de la acción contractual y nó a través de la acción de Restablecimiento del Derecho. Ha dicho el Consejo de Estado en auto del 21 de Agosto de 1986:

"Esta clase de actos administrativos contractuales inseparables del contrato dan siempre, cuando se impugnan jurisdiccionalmente, lugar a una controversía contractual o procesal especial regulada por los artículos 217 y ss. del C.C.A.

y por lo mismo, su pretensión de nulidad jamás puede acumularse con la de nulidad y restablecimiento de los restantes actos administrativos unilaterales o de los actos administrativos contractuales separables del contrato."

Descontenta la parte actora con lo decidido, interpuso apelación. Cumplido el trámite de rigor en esta segunda instancia, es oportuno decidir. Para ello se considera:

Para una mejor comprensión del asunto esta motivación seguirá el siguiente derrotero: a) La acción propuesta; b) la índole del contrato 01 de 1985; c) La ineptitud de la demanda; d) Los poderes exorbitantes de la administración; y e) La conclusión.

a) La acción

Como se desprende de la demanda, se impugnan dos actos administrativos de origen contractual que se integran en una unidad. Actos de carácter contractual que no se pueden concebir sin la existencia misma del contrato celebrado entre Puertos de Colombia e Inmachocó Ltda.

Se insiste en esto porque en forma alguna pueden considerarse como separables. Baste observar su contenido mismo y su íntima relación con el cumplimiento del contrato 01 de 1985.

Esa clasificación permite inferir que la acción escogida puede interpretarse facilmente como contractual, así la denomine la demandante como de restablecimiento. No puede olvidarse que frente a la impugnación de los actos contractuales propiamente dichos, el petitum de la demanda puede ser formalmente similar al que se formula en la de nulidad y restablecimiento, sin que por eso pueda hablarse que la acción tenga que ser esta última.

La jurisprudencia de la sala ha tenido oportunidad de insistir en esta posición en más de una oportunidad, por los problemas que la defectuosa redacción del original artículo 87 del c.c.a. produjo entre litigantes y jueces.

A este respecto la sala se remite a lo sostenido en proceso similar, en el cual también escogió el actor la acción de restablecimiento frente a un acto tipicamente contractual. Así, en sentencia de marzo 27 de 1992 (Teófilo Sarria, proceso 6705, ponente Carlos Betancur Jaramillo), se dijo:

"Para la sala la sentencia apelada deberá revocarse porque no se da en el caso subjudice una ineptitud sustantiva de la demanda. Se separa así tanto de la decisión de primera instancia como del concepto fiscal emitido en esta segunda oportunidad."

"Aunque la demanda presenta algunos desfases de tipo formal, nada impide que se interprete como contentiva de una acción típicamente contractual, en

la cual se involucra la impugnación de verdaderos actos administrativos contractuales, imposibles de desvincular del contrato cuestionado."

"Quizá la desorientación que se observa en ese escrito se debió, de un lado, a la defectuosa redacción original que traía el artículo 87 del c.c.a., el que trajo implícitamente una distinción, desde el punto de vista de las acciones, entre los actos contractuales y separables que causó más perplejidad que beneficio para los administrados; y de otro, a las interpretaciones doctrinales iniciales que quisieron ver en toda decisión unilateral de la administración contratante (dictada en cualquiera de las etapas de la operación contractual) un acto separable y por ende enjuiciable mediante las acciones propias de los actos administrativos, o sea la de nulidad o la de restablecimiento (artículos 84 y 85 del c.c.a.)_.

"Consciente la jurisprudencia de esos problemas, adoptó el criterio de que sólo cuando el acto administrativo tuviera el carácter de previo, sin que su existencia dependiera de la del contrato, su impugnación no difería de la de los demás actos administrativos; pero que cuando el acto fuera contractual, porque su vida no podía concebirse sin la del contrato mismo, como sucede en el caso subjudice, su impugnación tenía por fuerza que hacerse dentro de la controversia contractual."

"Pero como esta posición jurisprudencial traía otras concecuencias procesales, como era la de que las acciones propias de los actos separables se tramitaban por la vía ordinaria y las de los contractuales por la vía especial de los arts. 217 y ss. del c.c.a., se definió por la misma jurisprudencia, con un criterio amplio de interpretación, acudir a la intención del demandante reflejada en los hechos de la demanda para definir cuál era la acción adecuada, dejando de lado la presentación formal que se le hubiera dado, y aún las diferencias de trámite anotadas.

"En otras palabras, se hizo una interpretación finalista en aras de la prevalencia del derecho sustancial.

"Al respecto es bastante ilustrativa la sentencia de esta sala de mayo ç16 de 1991 (Proceso 5931), ponente Doctor Julio César Uribe Acosta, actora Sudamericana de Electrificación S.A. (Sade S.A.), en la que se hizo un enfoque con criterio similar y pese a que, como en el caso que se estudia, en ese proceso el actor hubiera también intentado en forma expresa la acción de restablecimiento del artículo 85 del c.c.a contra unos actos inequívocamente contractuales."

En suma, la acción intentada es contractual por girar precisamente en torno a un acto contractual, inseparable del contrato 01 de 1985 del cual toma vida. Por esa misma razón, la caducidad de la acción no se gobierna por el inciso 2° del artículo 136, sino por el inciso final.

b) El contrato 01 de 1985:

Aunque el contrato celebrado entre las partes fue calificado como de suministro y por ende como administrativo, su índole de contrato de derecho privado de compra-venta de unos pilotes y vigas de madera aparece claro, pese a tener cláusula de caducidad.

Corrobora esa misma clasificación el hecho de que los contratos de las Empresas del Estado son, en principio, de derecho privado y sus controversias ventilables ante la jurisdicción ordinaria, salvo que en ellos se haya pactado la cláusula de caducidad; cláusula que impone cambio de jurisdicción, por expreso mandato de la ley, tal como lo dan a entender los artículos 34 del decreto 3130 de 1968, 131 y 132 del c.c.a., numerales 8, y 17, parágrafo del decreto 222 de 1983.

Así, en el presente caso, la competencia de esta jurisdicción es inequívoca y para éste sólo efecto da lo mismo que sea administrativa o privado de la administración. Se agrega sí que la inclusión de esa cláusula de caducidad en los contratos privados de la administración hace que operen en estos los principios exorbitantes contenidos en el capítulo IV del decreto 222 de 1983 (artículo 18 y ss.); o sea los de terminación, modificación e interpretación unilaterales. (artículo 60 ibídem).

c) La inaptitud de la demanda:

Definida la controversia como contractual, por girar en torno a un acto no separable del contrato (baste pensar que con él se declaró el incumplimiento del mismo) y hecha la interpretación de la demanda con criterio finalista, desaparece el efecto calificado por el tribunal como impediente y podrá fallarse de fondo la controversia, porque la acción sí estuvo bien elegida.

d) Los poderes exorbitantes

En materia de contratación pública la administración contratante posee poderes exorbitantes o inusuales a los que las partes tienen en el contrato privado; poderes que le permiten terminar o caducar el contrato, modificarlo o interpretarlo, en forma unilateral, y cuando para el efecto no se haya podido poner de acuerdo con su contratista. Poderes igualmente que le permiten liquidarlo de igual manera y en ciertas circunstancias declarar su incumplimiento.

Los poderes aludidos operan fundamentalemente en los contratos administrativos y en los privados que tengan cláusula de caducidad.

La exorbitancia que puede ejercer la administración presenta, como lo ha dicho la jurisprudencia, límites temporales. Así, no podrá terminar o caducar el contrato, interpretarlo o modificarlo después de su vencimiento, so pena de que el acto quede efectuado de nulidad. La liquidación si, por razones obvias, será posible luego de su teminación normal o anormal, en especial en los contratos de obra

pública y sumunistros. Aunque aquí tampoco podrá ejercer su poder exorbitante más allá del término de caducidad para la formulación de la controversia contractual que pudiera instaurarse contra el contrato mismo, su responsabilidad o cumplimiento.

Excepcionalmente la administración podrá aclarar unilateralmente el incumplimiento del contrato (cosa que pudo hacer durante la vigencia de éste, bien para imponerle multa al contratista o para caducarlo) luego de su vencimiento, pero sólo para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, tal como lo ha dicho la jurisprudencia de esta sala en forma reiterada. (Sentencia de 29 de enero de 1988, proceso 3616, ponente Carlos Betancur Jaramillo).

El contratista que contrata con la administración debe otorgar una serie de garantías, así: unas para respaldar la seriedad de la propuesta o el correcto uso del principio; otras para garantizar el cumplimiento del contrato, la estabilidad o calidad de la obra o del objeto del contrato, los daños a terceros, las prestaciones sociales de los operarios, etc. etc.,

Producido el evento asegurado (la ocurrencia del siniestro) la administración deberá exigirle al contratista que le cumpla lo así acordado. Para tal efecto y en forma exorbitante, la administración, durante la vigencia del contrato, podrá declarar que se produjo el incumplimiento y que el contratista le debe indemnizar los perjuicios, o pagar la multa impuesta, según el caso. De igual manera procederá cuando declare el incumplimiento luego de vencido el contrato, para hacer exigible la cláusula penal pecuniaria.

Esta es la vía legal o normal y los actos administrativos que tales exigencias hagan cobijar tanto al contratista como a la compañía aseguradora, porque frente a éstos los actos prestarán mérito ejecutivo una vez adquieran la nota de firmeza.

Pero la administración no puede dictar un acto administrativo, para hacer exigible directamente la garantía otorgada por la aseguradora, sin definir la ocurrencia del siniestro con el obligado principal o sea con el contratista. Definición que, en ciertos eventos, la puede hacer la administración en forma unilateral, como se explicó atrás, al dictar el acto de caducidad o de terminación, al imponer una multa o declarar el incumplimiento; pero que en otros ni siquiera podrá hacerlo, ya que el asunto cae en la órbita de competencia del juez del contrato. Por ejemplo, la declaración de incumplimiento que no encaje en las hipótesis enunciadas de caducidad, multas o declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal.

Aplicadas estas ideas al caso controvertido, surge la conclusión de que la administración no podía dictar actos impugnados. Se requerirá la declaración del Juez del contrato que la contratista lo había incumplido al entregar las vigas y pilotes de madera sin la calidad ni la inmunización convenidas; porque el fallo así le permitía exigirle el cumplimiento a la primeramente obligada o a la aseguradora; en subsidio.

Es apenas obvio que la definición de incumplimiento (la ocurrencia del riesgo) hecha por Puertos de Colombia tenía que tener un interlocutor obligado, cual era la contratista. La aseguradora no estaba legitimada para enfrentar esa actuación por si sola; entre otras razones porque no tenía porqué conocer en detalle los motivos de cumplimiento y el desarrollo del contrato.

No se subsana este vacío (que toca con la garantía del debido proceso) con la notificación que se le hizo a la contratista de la resolución que declaró la ocurrencia del siniestro; entre otras razones, porque en esa forma salía vencida sin ser oida dentro de la actuación.

e) La conclusión

Definida la ilegalidad del acto impugnado la sala estima que deberá anularse, con la declaración consecuencial de que la compañía demandante no esta obligada, en esas condiciones a pagar la obligación impuesta. Aunque las pretenciones 4a y 5a se presentan como subsidiarias, en el fondo no lo son porque tienen un claro sentido complementario. De tal suerte que también deberá contemplarse este efecto en la parte resolutiva de esta providencia.

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 27 de septiembre de 1990, dictada por el tribunal administrativo del Valle del Cauca. En su lugar:

Declárase la nulidad de la resoluciones N° 000593 de 26 de noviembre de 1986 y 00047 de 26 de febrero de 1987.

Como consecuencia, declárase que la Aseguradora Colseguros S.A., no esta obligada a pagar a la Empresa Puertos de Colombia la suma de TREINTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS TRES MIL QUINIENTOS PESOS ($ 38.803.500.oo).

Para el evento de que ya se hubiera hecho efectiva dicha obligación, Puertos de Colombia deberá devolver dicha suma con los intereses comerciales devengados desde la fecha de ese pago.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

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

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

PERJUICIOS MORALES A HERMANO POSTUMO-Improcedencia

La jurisprudencia que se cita para defender la pretensión, tiene universo en relación con los hijos engendrados y nacidos con posterioridad al fallecimiento del padre, pues es natural que ellos se ven privados del afecto, atención, dirección y consejo de un ser determinante en la vida del hombre. La muerte de un hermano, que en vida no se alcanzó ni siquiera a conocer, no tiene el mismo temperamento

PRINCIPIO DE IGUALDAD FRENTE A LAS CARGAS PUBLICAS/ RESPONSABILIDAD OBJETIVA/ REPONSABILIDAD POR DAÑO ESPECIAL/ DAÑO ANTIJURIDICO

La administración, en ejercicio de una actividad legítima, como es la de hacerle frente a la subversión, causa daños a terceros inocentes. Esta realidad exige que se indemnice a los perjudicados los daños causados. No hacerlo implicaría declarar a la víctima como responsable. Por lo demás, la antijuricidad del perjuicio se vivencia, en el caso en comento, pues ningún precepto constitucional o legal consagra que en casos de enfrentamiento de la fuerza pública con las fuerzas de la subversión, las victimas tengan que soportar el perjuicio causado.

Consejo de Estado.-Sala de lo contencioso Administrativo.-Sección Tercera.- Santafé de Bogotá D.C., abril nueve (9) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Cosejero Ponente: *Dr. Julio César Uribe Acosta*

Referencia: Expediente Nº 6805

Actor: Luis Alfonso Muñoz

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 veinticinco (25) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, que en su parte resolutiva, DISPUSO:

"1°) Declárese a la Nación-Ministerio de Defensa- Ejército Nacional-, administrativamente responsable por la muerte de Abelardo Muñoz González, ocurrida en el Municipio de Corinto, Cauca, el 30 de julio de 1986.

"2°) Condénese en consecuencia, a la Nación-Ministerio de Defensa, Ejército Nacional a pagar a los damnificados los perjuicios morales por el hecho, así: "El equivalente a un mil gramos oro para cada uno de los padres de la víctima Luis Alfonso Muñoz Castillo y María Luisa González.

"El equivalente a quinientos gramos oro para cada uno de los hermanos del occiso, a saber: Flor Alba, Dora Nidia, Jesús Herney y Fernando Muñoz González.

"Los valores anteriores se consideraron como condena en concreto y se liquidaron conforme a certificado que sobre el precio del oro a la fecha de ejecutoria de esta sentencia expedida el Banco de la República.

"3°) Condénese "in genere" a la Nación-Ministerio de Defensa -Ejército Nacional a pagar a la señora María Luisa González, los perjuicios materiales, lucro cesante, que resulten a través del trámite incidental del artículo 135 del C.P.C. y según las pautas señaladas en esta providencia.

"4°) Se niegan las demás súplicas de la demanda.

"5°) Consúltese si no fuere apelado.

"Sin costas.". (fls. 119-120 Cdno N° 1).

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

"Los señores Luis Alfonso Muñoz y María Luisa González, obrando en sus propíos nombres y en representación de las menores Floralba y Dora Nidia Muñoz González, y el primero como representante legal de su hija extramatrimonial Sandra Liliana Muñoz Taquinás, y los señores Jesús Herney y Fernando Muñoz González en demanda que originó el expediente distinguido con el número de orden interno 2289 presentada el 9 de Diciembre

de 1987 solicitan a este Tribunal hacer las siguientes o semejantes declaraciones y condenas:

"La Nación (Ministerio de Defensa-Ejército nacional) es responsable civilmente de todos los daños y perjuicios, tanto morales, como materiales, ocasionados a LUIS ALFONSO MUÑOZ y a MARIA LUISA GONZALES, y a sus hijas menores de edad, representadas por los mencionados, Floralba Muñoz González, Dora Nidia Muñoz González y Sandra Liliana Muñoz Taquinás, mayores y vecinos de Corinto (Cauca), con la muerte violenta de que fue víctima el joven Abelardo Muñoz González, hijo legítimo de los dos primeros y hermano de los restantes, en hechos sucedidos el dia 30 de julio de 1986 en la región del Danubio o Carrizales, zona montañosa del Municipio de Corinto (Cauca), cuando una patrulla del Ejército Nacional, en evidente falla en el servicio, disparo sus fusiles de dotación oficial contra el inerme ciudadano en momento en que se encontraba pacíficamente laborando en un potrero, ocasionándole graves heridas corporales que, de inmediato, le produjeron la muerte.

"Segunda: Condénese a la Nación (Ministerio de Defensa Ejército Nacional) a pagar a Luis Alfonso Muñoz, Maria Luisa González y a las menores Floralba Muñoz González, Dora Nidia Muñoz González y Sandra Liliana Muñoz Taquinás representados por sus padres; y a los señores Jesús Herney Muñoz González, mayores y vecinos de Corinto (Cauca), por intermedio de su apoderado, todos los daños y perjuicios, tanto morales como materiales, que se les ocasionaron con la muerte violenta de Abelardo Muñoz González conforme a la siguiente liquidación o a la que se demostrase en el proceso, así:

"a) Veinte Millones de pesos ($20'000.000) por concepto de lucro cesante, correspondientes a las sumas que Abelardo Muñoz González, el occiso, dejó de producir en razón de su muerte injusta arbitraria y prematura y por todo el resto posible de vida que le quedaba, en la actividad económica a que se dedicaba (labores agrícolas), habida cuenta de su edad al momento del insuceso (18) 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, en razón de los gastos funerales, diligencias judiciales, honorarios de abogados y, en fin todos los gastos que se sobrevinieron con la muerte de Abelardo Muñoz González conforme a lo que se demostrase en el proceso o subsidiariamente, en aplicación del Artículo 107 del C. Penal.

"c) El equivalente en moneda nacional de 1000 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 artículo 106 del C. Penal, máxime cuando el hecho es cometido por el Ejército Nacional que tiene como misión

constitucional el velar por la vida de los asociados, y cuando se arrebata la vida de un ser querido, como lo es un hijo y hermano.

"d) Intereses aumentados con la variación promedio mensual del índice de precios al consumidor.

"Tercera: La Nación dará cumplimiento a la sentencia dentro de los 30 dias siguientes a su ejecutoria.

FUNDAMENTO FACTICO DE LAS PRETENSIONES:

"Como fundamento fáctico de las pretensiones expresa el apoderado las circunstancias que rodearon la muerte de Abelardo Muñoz González, acaecida el 30 de julio de 1986, en la finca "El Golfo" de propiedad del señor Vitalino Muñoz, en la vereda de Carrizales Municipio de Corinto.

"Los hechos pueden sintetizarse así:

"En la mañana del dia 30 de Julio de 1986, se encontraba Aberlardo Muñoz González, hacia las 10 y media a.m. en la finca denominada "El Golfo", situada en la vereda de Carrizales, Municipio de Corinto, dando cumplimiento a un contrato de limpieza de un potrero. Portaba como únicos elementos de trabajo una peinilla de rocería y un garabato para dominar malezas.

"Según el apoderado de la parte demandante de improviso llegó una patrulla del Ejército Nacional que se encontraba en esa región al parecer del Batallón Ramón Quiñonez, la que comenzó a disparar en una colina vecina, penetrando de un momento a otro al potrero donde laboraba Muñoz González, y sin que mediara ningún motivo dispararon sus fusiles de dotación oficial contra él, quien al verse herido corrió en dirección a la casa de la finca, siendo perseguido de cerca por los militares, quienes le seguían disparando, hasta que cayó sin vida.

"Se expresa que los militares no permitieron ni a lo familiares, ni amigos del fallecido llegar hasta el cadáver, transportandolo en un helicóptero de las Fuerzas Armadas con destino a la Base Militar de Quebrada Seca, donde se debieron presentar los padres y hermanos para reclamar su cuerpo, el cual les fue entregado por conducto del Hospital "Harold Eder". Expresa el apoderado que se comprobó que el deceso se produjo a causa de las lesiones producidas por arma de fuego, con proyectiles que le encontraron por la espalda."...

"CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

"Cumpliendo el trámite reglamentario y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado procede el Tribunal a decidir el presente asunto.

"1°) La competencia:

"Por la naturaleza del asunto, el territorio y la cuantía el Tribunal es competente para conocer de este proceso en 1a instancia según lo dispuesto en el Artículo 132 del C.C.A. En efecto el apoderado del actor señaló la cuantía en $4'710.000 lo que convertía el proceso en 1a. instancia según los valores vigentes a la presentación de la demanda, 9 de diciembre de 1987.

"2°) LA OBJETIVIDAD DE LOS HECHOS:

"2.1.- La responsabilidad del Estado.

"De conformidad con el acervo probatorio que reposa en el expediente, se tiene que para el 30 de julio de 1986 en la región del Danubio, Zona del Municipio de Corinto se produjo un enfrentamiento entre la guerrilla y el Ejército Nacional, en donde murió el Señor Abelardo Muñoz González, quien se encontraba laborando en la finca "El Golfo" de propiedad del Señor Vitalino Muñoz Muñoz, ubicada precisamente en el lugar de los hechos.

"Probatoriamente se determinó que Abelardo Muñoz González carecía de antecedentes lo que hace que la Sala no pueda calificarlo como integrante de algún grupo subversivo, pues además no existe ningún otro medio probatorio que permita establecer tal circunstancia.

"El demandante ha solicitado se declare la responsabilidad de la Nación-Ejército Nacional por considerar que la muerte de Muñoz González se produjo por una falla en el servicio.

"Considera el Tribunal que si bien se ha comprobadó que Abelardo Muñoz González falleció con ocasión del enfrentamiento entre la guerrilla y el ejército Nacional, esta circunstancia no conlleva a establecer que hubo una falla en el servicio, si tenemos en cuenta que la responsabilidad por falta o falla del servicio aunque se presentó como una teoría "objetiva" de la responsabilidad con fundamento en el artículo 16 de la Constitución Nacional, que obliga al Estado a garantizar los derechos de los ciudadanos y satisfacer sus necesidades, no es en realidad responsabilidad "objetiva" sino responsabilidad por culpa, que el demandante debe probar para la prosperidad de sus pretensiones, demostrando de todas maneras si no la acción u omisión antijurídicas de un agente determinado, sí la falla funcional, orgánica o anónima, circunstancia que en el presente proceso no se ha demostrado lo que hace que la Sala no pueda declarar la responsabilidad del Estado con fundamento en la teoría de la falla en el servicio.

"Ahora, siguiendo las pautas establecidas por el Consejo de Estado es al juez a quien corresponde calificar la relación sustancial determinando el régimen de responsabilidad que debe aplicar. Así, claramente se aprecia cuando en sentencia del 20 de febrero de 1989 dijo..."la circunstancia de que los hechos relatados en la demanda sean constitutivos de una falla del servicio o conformen un evento de riesgo excepcional o puedan ser subsumidos en

cualquier otro régimen de responsabilidad patrimonial de los entes públicos, es una valoración teórica que incumbe efectuar autónomamente al juzgador, como dispensador del Derecho ante la realidad histórica que las partes le demuestren" (Consejo de Estado-sentencia del 20 de febrero de 1989).

"Tenemos entonces que hay ocasiones en las cuales la administración aún actuando diligentemente, sin falla o falta del servicio, puede causar un daño a los administrados. Es así que por ejemplo en el caso de la responsabilidad por daño especial vemos que el Estado en ejercicio de una actividad legítima, sin falta, causa al administrado un daño especial, anormal, rompiéndose así la igualdad de los mismos frente a las cargas públicas debiendo indemnizarlo por razones de equidad.

"En sentencia del 11 de Abril de 1978, el Honorable Consejo de Estado con ponencia del Doctor Carlos Betancur Jaramillo, entre otros apartes expresó sobre el tema..."Los daños producidos por la fuerza del gobierno, por ejemplo, para salvaguardar una vasta zona ocupada por hombres alzados en armas, no permite calificar de entrada que fueran la causa de su culpa o negligencia; antes, por el contrario, se presume que su accionar no fue más que el cumplimiento de los deberes que por la Carta deben cumplir los funcionarios en general para la protección de la vida, honra y bienes de los asociados".

"No sería equitativo que El Estado, en caso como el anunciado y en otros semilares, exigiera a unos un sacrificio mayor al exigido a otras personas que se encuentren en la misma situación y para su provecho. Repugna a la idea de justicia distributiva que el Estado actuando en nombre y para la Comunidad pudiera exigir el sacrificio de una o de algunas personas, sin la adecuada reparación, para proporcionar a todos los demás los beneficios resultantes de ese sacrificio".

"En el caso de autos, al perder la vida Abelardo Muñoz González, en el enfrentamiento entre un grupo subversivo y las fuerzas institucionales que luchaban por mantener la legalidad y el orden establecidos, no debe exigirse al demandante que se pruebe quien disparó la bala que causó el deceso para proceder a indemnizar a los deudos, solo si la víctima murió por bala oficial. Estima el Tribunal que al enfrentarse el ejército nacional a un grupo subversivo estaba en cumplimiento de un deber legal, pero si con dicha actuación se causa un perjuicio este debe ser indemnizado, sin que deba demostrarse la directa autoría estatal.

"Con fundamento en los planteamientos anteriores, estando debidamente probado que la muerte de Abelardo Muñoz González se produjo durante la acción armada que se desarrolló cuando miembros del Ejército Nacional se enfrentaron a un grupo subversivo en la región del Danubio, Municipio de Corinto en momentos en que el occiso realizaba sus trabajos agrícolas como asalariado del señor Vitalino Muñoz Muñoz, el Tribunal encuentra demostrado

el hecho y el perjuicio causado por aquel, y en consecuencia, habrá de declararse la responsabilidad de la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional en la muerte de Abelardo Muñoz González.

"2.2. Los perjuicios causados
"En la demanda se reclama indemnización por perjuicios morales y materiales.

"2.2.1. Los Perjuicios morales.

"Teniendo en cuenta que según la jurisprudencia actual del Honorable Consejo de Estado, se presume el dolor moral entre padres e hijos y en su máxima entidad, se reconocerá a los padres de Abelardo Muñoz González, Luis Abelardo Muñoz y María Luisa González, el valor máximo permitido, o sea el equivalente a un mil gramos oro como indemnización por perjuicios morales, advirtiendo que para tal determinación no se tiene en cuenta el hecho de la separación de los padres puesto que se considera que esta no incide en la intensidad del dolor que de por sí produce la muerte de su hijo.

"A cada uno de los hermanos Flor Alba, Dora Nidia, Jesús Herney y Fernando Muñoz González el equivalente a quinientos gramos oro por el mismo concepto porque se aprobaron los vínculos de consanguinidad (sic) y el afecto que los unía, a pesar de que vivieran separados, puesto que la afectividad no depende necesariamente de la convivencia bajo el mismo techo, como jurisprudencialmente se ha establecido.

"Respecto de la menor Sandra Liliana Muñoz Taquinás, hermana extramatrimonial de Abelardo Muñoz González, el Tribunal no hace ningún reconocimiento en consideración a que su nacimiento ocurrido el 13 de noviembre de 1986 (folio 10 del cuaderno principal) fue posterior a la fecha del deceso de Muñoz González o sea el 30 de julio de 1986, razón por la cual era inexistente el vínculo afectivo.

"Los vínculos de consaguinidad (sic) se probaron así:

"1°) Según registro civil de matrimonio que figura a folios 11 del Cuaderno principal, se determina el matrimonio contraído entre Luis Alfonso Muñoz Castillo y Maria Luisa González.

"2°) Según registro civil de nacimiento que figura a folios 7 del cuaderno principal, se determina que Abelardo Muñoz González, es hijo de Luis Alfonso Muñoz Castillo y María Luisa González.

"3°) A folios 5 del cuaderno principal figura el registro civil de nacimiento de Jesús Herney Muñoz González.

"4°) A folio 6 del cuaderno principal, figura el registro civil de nacimiento de Fernando Muñoz González.

"5°) A folios 8 del cuaderno principal, figura el registro civil de nacimiento de Floralba Muñoz González.

"6°) A folios 9 del cuaderno principal, figura el registro civil de nacimiento de Dora Nidia Muñoz González.

"La afectividad existente entre Abelardo Muñoz González y sus hermanos se acreditó basicamente con las declaraciones de Inés Escalante de Franqui (7.59 a 60), Luz Marina Muñoz Ortega (F.61 a 62 vuelto), Vitalino Muñoz Muñoz (7.62 vuelto 63 a 64 vuelto), Jorge Eliecer Biscué Mocué (Folios 65 a 66), William Castaño Campiño (7.67 vuelto a 68 vuelto) y Rodrigo Muñoz Coronado (folio 72 a 73 vuelto), quienes, en síntesis, expresan que existía afectividad y unidad entre los hermanos, grupo familiar que se afectó profundamente con la muerte de Abelardo Muñoz González. Estas condenas por perjuicios morales se encuentran hechas en concreto.

"2.2.2. Perjuicios materiales, lucro cesante y daño emergente:

"Se negará el reconocimiento respecto del padre Luis Alfonso Muñoz Castillo, y sus hermanos Flor Alba, Dora Nidia, Jesús Herney y Fernando Muñoz González, por no haberse demostrado plenamente, a juicio del Tribunal, la dependencia económica de los demandantes enunciados respecto de la víctima.

"En cuanto a la madre de la víctima, María Luisa González, estima la Sala que mediante la prueba testimonial se pudo establecer que si bien no había una dependencia económica absoluta de la madre, Abelardo Muñoz colaboraba permanentemente para su mantenimiento con el producto de su trabajo, pues se encuentra demostrado que por contrato o a jornal realizaba permanentemente labores agrícolas y precisamente en el momento del deceso laboraba como trabajador de Vitalino Muñoz Muñoz.

"Sin embargo como se anotó anteriormente, si bien está demostrado que el occiso era una persona productiva, no existen dentro del proceso elementos probatorios que permitian aceptar las informaciones dadas por los declarantes que señalan que Muñoz Gonzalez devengaba $25.000-$30.000 y hasta $35.000, razón por la cual se ha de tomar el salario mínimo legal vigente para la época del deceso, según certificación expedida por el Ministerio del Trabajo y que figura a folios 53 del cuaderno de pruebas.

"El tribunal no puede valorar el dictámen pericial que figura a folios 71 a 72 del cuaderno principal en razón a que no corresponde al presente proceso.

"La condena se hará en abstracto a fin de que mediante el procedimiento incidental se determine el monto a pagar por concepto de perjuicios materiales, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes pautas:

"1°) De los ingresos mensuales de la víctima que se determinarán según el salario mínimo legal vigente a la fecha de su muerte, se excluirá el porcentaje jurisprudencial que se aplicará a su propia manutención y que se ha fijado en un 25%.

"2°) El 75% restante corresponderá a la Señora Maria Luisa González.

"3°) Para efectos del reconocimiento se tendrá en cuenta el término menor de vida probable que este caso se presume será el de la madre.

"4°) La suma a reconocer se actualizará de acuerdo con el índice de precios al consumidor entre el periódo comprendido entre el 30 de julio de 1986 hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia y el futuro o consolidado desde el dia siguiente a la fecha de ejecutoria de este fallo hasta el término de vida probable menor.

"No habrá reconocimiento por daño emergente al no haberse comprobado procesalmente por los demandantes.". (Flos. 103-119 Cdno N°1).

- II -
SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 130 y siguientes del cuaderno N° 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 discurre dentro del siguiente universo:

"Me permito concretar mi inconformidad con la sentencia recurrida exclusivamente en el siguiente punto:

"Comedidamente ruego al H. Consejero Ponente, se sirva modificar la providencia apelada en el sentido de incluir como parte favorecida en el segundo párrafo del punto 2° de la parte resolutiva, a la menor SANDRA LILIANA MUÑOZ TAQUINAS, reconociendo a su favor el equivalente en moneda nacional de 500 gramos oro, por el perjuicio moral que le corresponde por la muerte de su hermano extramatrimonial, Sr. ABELARDO MUÑOZ GONZALEZ.

"Estimo que es injusta la exclusión de la cual fue objeto dicha menor por el fallador de instancia a través de los razonamientos que se consideraron en el siguiente aparte que obra en la página 14 del fallo:

"Respecto de la menor Sandra Liliana Muñoz González, el Tribunal no hace ningún reconocimiento en consideración a que su nacimiento ocurrido el 13 de noviembre de 1986 (folio 10 del cuaderno principal) fue posterior a la fecha del deceso de Muñoz González o sea el 30 de julio de 1986, razón por la cual era inexistente el vínculo afectivo".

"Y es injusta esa determinación porque, si en realidad es cierto que la menor nació con posterioridad a la muerte de su hermano ABELARDO, por una parte, por otra, no debemos olvidar que el criterio expuesto por el a-quo corresponde a tesis ya revaluadas por la jurispruencia, en las cuales se sostenía que el menor de edad no estaba capacitado para sufrir dolor moral,para evolucionar luego hacia un universo más amplio y humanitario, el cual fuera expuesto brillantemente por el H. Consejero Dr. JULIO CESAR URIBE ACOSTA,entre otras sentencias, en la del 16 de noviembre de 1989 proferida dentro del proceso de Reparación Directa N° 5606 (Actor CAMPO ELIAS MARTINEZ GRIJALBA), por medio de la cual se reconocieron los perjuicios morales a favor del hijo menor de edad ante la muerte de su madre y se consignó la argumentación para que dichos derechos se extendieran a favor del hijo póstumo, puesto que, necesariamente, sufrirá un perjuicio moral futuro.

"En igualdad de condiciones, no existe razón para que el perjuicio moral futuro del hermano póstumo sea desconocido, pues es una persona que, indiscutiblemente, será afectada en su espiritu cuando, al llegar al uso de razón, tenga conocimiento de la forma infame como fuera acribillado por las Fuerzas Armadas su fallecido hermano.

"Por lo anterior, comedidamente ruego a la Sección Tercera del H. Consejo de Estado se sirva reformar la sentencia recurrida en el punto solicitado, providencia que, por otra parte, debe ser confirmada, ya que se dan a cabalidad los requisitos exigidos por la jurisprudencia para proferir fallos en contra de LA NACION.".

- III -

VISTA FISCAL

La fiscal Séptima de la Corporación, Dra. GLORIA ALDAS GRACIA, en su concepto de fondo OBSERVA:

"Encuentra esta Fiscalía que emergen con claridad meridiana los elementos axiológicosconstitutivos de la responsabilidad extracontractual, por parte de la Nación, Ministerio de Defensa (Ejército Nacional), a saber: un hecho, un daño y un anexo causal.

"Abundante se presenta la prueba testimonial María Inés Escalante de Franqui (sic), fls. 59 y 60. Luz Marina Muñoz Ortega, fls. 61 a 62. Jorge Eliécer Bisque (Sic), Manuel Casso Pía, fls. 76, 65 y 66. Vitalino Muñoz. Todos son uniformes en sostener, que el dia de los hechos aproximadamente a las nueve y media de la mañana, el occiso, señor Abelardo Muñoz, se dirigió al lugar de trabajo, quedando además establecido que el dia 30 de junio (sic) de 1986, se presentó un enfrentamiento entre el Ejército Nacional y un grupo perteneciente a las fuerzas de subversión, en el sitio denominado "El Danubio",

Corinto (Cauca). Que después de este enfrentamiento, se escucharon unos disparos que hicieron blanco en la humanidad de Abelardo Muñoz González y que como consecuencia de ello, se perdió la vida de éste.

"A folio35 vto. del cuaderno de pruebas, obra la diligencia de levantamiento de cinco (5) cadáveres, entre los cuales se encontraba el de Abelardo Muñoz, diligencia que se verificó en la Base Militar de Quebrada Seca, ubicada en Corinto.

"A folio 12 del mismo cuaderno, obra el registro civil de defunción, el cual demuestra que la causa principal del fallecimiento del señor Muñoz, ocurrida el 30 de julio de 1986, fue por hemopericardio, hemotóra masivo, herida cardíaca producida por arma de fuego.

"No cabe entonces la menor duda, que la justificación vertida por los militares no tienen ningún asidero dentro del presente proceso, en realidad de verdad se presentó enfrentamiento, pero de lo que si no hay ninguna constancia era de que el señor Abelardo Muñoz González, estuviese militando o permaneciera a un determinado grupo de subversión; por el contrario, se trataba de un ciudadano pacífico, miembro de familia, trabajador y que al momento de ser atacado de manera injusta, por los miembros del Ejército Nacional, se dedicaba a labores agrícolas, como son la limpieza de un potrero, labor para la cual había sido contratado por los propietarios de la finca "El Golfo", ubicada en la localidad de Carrizalez, Municipio de Corinto (Cauca).

"Es obvio que los miembros del Ejército Nacional, en el sub-judice, se extralimitaron en sus funciones, si bien es cierto que la localidad es zona roja, no significa que todos y cada uno de los campesinos vecinos del municipio, que en forma pacífica se dedican a la labor agrícola, representen un peligro para ellos. La conducta desplegada por los miembros del Ejécito riñe abiertamente con los postulados sobre los cuales se edificó la Institución, cuales son, entre otros, velar por la vida e integridad personal de los asociados, y no atacarlos, menos aún, cuando el campesino pacífico estaba trabajando y no representaba para ello ningún peligro.

"Como el deceso de Abelardo Muñoz, se atribuye de manera franca a una falla evidente del servicio, no le queda otra alternativa a esta Fiscalía que pronunciarse favorablemente a la confirmación integral de la providencia materia de revisión.

"CONCLUSION:

"Como se dejó anotado, la Fiscalía de manera respetuosa solicita a los H. Consejeros se dignen confirmar en su totalidad la sentencia que por apelación se revisa, incluyendo, lo relativo a los perjuicios, ya que compartimos a cabalidad los argumentos de primera instancia, comprobados, además, con el acervo probatorio arrimado.". (fls. 145-147 Cdno N° 1).

- IV -

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia impugnada será confirmada, aunque con algunos ajustes de alcance económico, pues el *ad-quem* hace suya la valoración jurídica, fáctica y probatoria que hizo el tribunal.

En el *sub-lite* es verdad jurídica que se demostró un rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas, como muy bien lo aceptó el tribunal. Para llegar a esta conclusión basta con apreciar el universo probatorio que tienen los testimonios rendidos dentro del proceso por MARIA INES ESCALANTE DE FRANQUI Y LUZ MARINA MUÑOZ ORTEGA, quienes ilustran al sentenciador dentro de la siguiente óptica:

INES ESCALANTE DE FRANQUI

Persona de 33 años de edad, residenciada en la Vereda "El Salado", jurisdicción del Municipio de Corinto, sin parentesco con las partes, dijo:

> "...el dia 30 de Julio de 1986 era un día miércoles, ese dia pasó que yo estaba en la casa y eran como las nueve y media de la mañana y cuando ví cuando (sic) salió de la casa de Vitalino Muñoz, el finado Abelardo Muñoz que salía para el trabajo, él llevaba un machete en la mano y después cuando eran como a las diez de la mañana oí que sonaban unos tiros cerca y yo salí a ver que era y cuando ví que era el ejército que estaba disparando hacia una casa, la casa del señor Lorenzo Viscué que se vé desde donde yo vivo. También ví que desde la casa de Lorenzo Viscué disparaban hacia la casa de la señora Maria Moncayo y entonces en ese momento se me vino a la mente ese muchacho Abelardo Muñoz y yo me puse a ponerle cuidado qué hacía cuando la tropa estaba en la balacera y entonces ví que el finado Abelardo Muñoz salía herido de donde estaba trabajando en el potrero del señor Vitalino Muñoz, y entonces ví cuando él bajó y arrancó a correr y cogió como para la del señor Vitalino Muñoz y cuando iba corriendo volvieron y le dispararon y fue cuando él cayó, el finado Abelardo se paró y siguió caminando despacio y cayó más adelante y no se volvió a parar y en ese momento me entró a mi mucha angustia porque era ese muchacho y yo me fuí a avisarle a mi suegra Estefanía Fernández yo le avisé a ella para que se diera cuenta. Cuando yo iba para donde mi suegra iba con mi hermana Virgilia Escalante y los hijos mios, y en ese momento mandaron tres soldados, para que nos cogieran porque ellos pensaban que ibamos de huida y cuando yo le estaba contando a mi suegra llegaron los soldados y nos preguntaron que quienes eran, los que subían por arriba (sic) y entonces yo les dije que eramos nosotras y nada más pasó y entonces ellos se volvieron otra vez para arriba. Al finado Abelardo Muñoz lo recogió el mismo ejército como a la una y media de la tarde yo estaba como a uno diez metros de distancia o treinta metros de distancia de donde estaba el muerto y ví cuando el ejército le quitó el pantalón y la camisa y le pusieron ropa de

guerrillero, era ropa militar, la ropa se veía de color verde, yo siempre estaba lejitos de donde estaba el muerto pero se alcanzaba a ver bien lo que pasaba..." (fls.59 vto y 60 Cdno N° 2).

LUZ MARINA MUÑOZ ORTEGA

Persona de 22 años, prima hermana del finado, ilustra al sentenciador dentro del siguiente marco:

"... El dia 30 de julio de 1986, ése dia el muchacho de nombre Abelardo Muñoz, salió para el trabajo como a las nueve y media de la mañana, él salió de la casa del señor Vitalino Muñoz quien es mi papá y donde yo vivo; Abelardo permanecía constantemente allí en la casa de mi papá, ese dia que él salio eran las nueve y media de la mañana, él iba con el machete y un garabato que siempre tenía para rocería y donde le estaba haciendo un trabajo a mi papá; como a las diez y veinticinco minutos de ése mismo dia fue que comenzó el abaleo y cuando salí y me asomé al corredor de la casa ví a Abelardo que corría por la loma, él corría como para la casa de nosotros seguramente a refugiarse allá, él no alcanzó a llegar a la casa y cayó como a una cuadra aproximadamente de la casa, luego de allí esperamos que terminara el abaleo para irlo a ver, el ejército estaba por allí desde temprano y yo pensé que ellos estaban entrando cuando oí los tiros; cuando Abelardo cayó al suelo lo ví herido y él luego se paró y alcanzó a caminar como un medio metro y cayó otra vez y entoncés allí fue cuando me dí cuenta que no era entrenamiento, y después de él haber caído al suelo, siguió el abaleo y entonces yo esperé que se acabara el abaleo y se acabó como a las once de la mañana; cuando se acabó el abaleó me fui con mi hermana Floralba Muñoz para donde estaba Abelardo Muñoz caído, nosotras no alcanzamos a llegar al pie de donde estaba el cuerpo de Abelardo porque la tropa ya estaban allí en el sitio y nos impidieron que arrimaramos hasta allá, nosotras quedamos como a unos cinco a seis metros de donde estaba el cuerpo de Abelardo, no se veía porque estaba detrás de una piedra, entonces los del ejército que estaban allí nos preguntaron que a qué ibamos y nosotras les contestamos que ibamos a buscar un trabajador que estaba trabajando allí en ese potrero y entonces ellos nos preguntaron que cómo se llamaba él y entonces nosotras le dijimos el nombre y ellos nos dijeron que él qué estaba haciendo allí en el potrero y nosotras les contestamos que Abelardo estaba rozando en ese potrero, y entonces ellos nos dijeron que de quién era el potrero y nosotras le dijimos que era de mi papá. Después de haber hablado con los soldados que estaban allí, nos volvimos para la casa, pero antes de nosotros irnos para la casa nos amenazaron también a nosotras, porque ellos nos preguntaron por la vestimenta de Abelardo, y nosotras les dijimos que él iba vestido de pantalón azul y una camisa a cuadros azules y rojos, yo misma le arreglaba la ropa a él y ese dia lo ví salir con esa ropa; los militares nos preguntaron qué cuál era el calzado que él llevaba, yo les dije que él llevaba esas botas "La Macha" que son las que se utilizan por allá para el trabajo, y entonces los soldados nos dijeron que si de esas mismas botas eran las que usaban la guerrilla y yo les dije no me daba

cuenta de eso. Luego ellos nos dijeron que nosotras dizque eramos alcahuetas de ellos, y entonces yo les dije que yo no me daba cuenta de ellos porque nunca los había visto a los guerrilleros, y entonces como yo les dije que ellos porqué venían a matar la gente que estaba trabajando, entonces ellos nos dijeron, vea es mejor que se vayan antes de que las volemos de aquí también y entonces ese momento nosotras nos fuimos para la casa, y cuando llegamos a la casa desde allá poniamos cuidado a ver qué iban a hacer con él, y vimos cuando lo alzaron como en una camilla y lo llevaron para allá y se veía que estaba con la ropa de pantón (sic) azul y camisa a cuadros y luego cundo lo metieron a esa casa no volvimos a saber que más hicieron con él, hasta aquí me consta todo..." (fls. 61 fte y 61 vto Cdno N° 2).

Dentro del mismo perfil depusieron también VITALINO MUÑOZ, JORGE ELIECER BISCUE MOSCUE y HERIBERTO DE JESUS CARO GONZALEZ.

La Sala se encuentra, pues, frente a circunstancias que muestran que la administración, en ejercicio de una actividad legítima, como es la de hacerle frente a la subversión, causa daños a terceros inocentes. Esta realidad exige que se indemnice a los perjudicados los daños causados. No hacerlo implicaría declarar a la victima responsable, pues como lo recuerda bien Georges Vedel, "... el responsable es el que soporta la carga definitiva del daño"(Derecho Administrativo. Aguilar, pág 279).

Por lo demás, la antijuricidad del perjuicio se vivencia, en el caso en comento, pues ningún precepto constitucional o legal consagra que en casos de enfrentamiento de la fuerza pública con las fuerzas de la subversión, las víctimas tengan que soportar el perjuicio causado. Sobre este particular el profesor Jesús Leguina Villa, enseña:

"La antijuridicidad del perjuicio existe, pues, siempre que las leyes no imputen a la propia víctima los efectos lesivos de una determinada acción administrativa o, en otras palabras, siempre que en dicha acción administrativa no ocurra expresamente alguna causa de justificación del perjuicio prevista por alguna norma jurídica. Si no se da esta previsión normativa, la acción administrativa dañosa (háyase producido o no culpablemente) carecerá de título legítimo que-como señala el T.S. justifique en Derecho la carga o el daño impuesto al administrado: en tal caso "nos encontramos ante un daño no justo que por la propia virtualidad de esta nota debe ser indemnizado, en base al principio general de resarcimiento, consagrado legalmente" (S.T.4-X-1978) (La Responsabilidad civil de la Administración Pública, Tecnos, pág. 336).

B) La Sala confirmará la condena que por perjuicios morales hizo el sentenciador de instancia en favor de LUIS ALFONSO MUÑOZ CASTILLO y MARIA LUISA GONZALEZ(padres), por un mil gramos (1000) de oro fino para cada uno, pues en relación con los descendientes se presume el efecto. Igualmente, la que se dispuso en favor de FLOR ALBA,DORA NIDIA, JESUS HERNEY y

FERNANDO MUÑOZ GONZALEZ, pues dentro del proceso se demostró el afecto que éstos le profesaban en vida al occiso.

La Sala patrocina la negativa a reconocer perjuicios morales a favor de SANDRA LILIANA MUÑOZ TAQUINAS, pues ésta nació con posterioridad al fallecimiento de ABELARDO MUÑOZ GONZALEZ, esto es, el tres (3) de noviembre de 1986. En estas circunstancias, no cabe hablar de perjuicios morales. La jurisprudencia que cita el apoderado de la parte actora, para defender su pretensión, tiene universo en relación con los hijos engendrados y nacidos con posterioridad al fallecimiento del padre, pues es natural que ellos se ven privados del afecto, atención, dirección y consejo de un ser determinante en la vida del hombre. La muerte de un hermano, que en vida no se alcanzó ni siquiera a conocer, no tiene el mismo temperamento.

C) La Sala confirmará la condena al pago de perjuicios materiales en favor de la madre del occiso, Señora MARIA LUISA GONZALEZ, pero se hace en concreto, y con pautas un poco distintas a las que manejó el *a-quo*, pues la indemnización no puede ir hasta la vida probable de la madre, sino hasta el momento en que se considera que el hijo habría formado su propio hogar, esto es, hasta la edad de veinticinco años. Por lo demás, el salario mensual se considera, en estos casos, dividido por partes iguales, esto es, cincuenta por ciento (50%) que se estima que el finado dedicaba a su propia subsistencia y cincuenta por ciento (50%), para la madre.

La condena se liquida, pues, con apoyo en las siguientes pautas:

PRIMERA: Se toma en cuenta el salario mínimo legal vigente para el año de 1986, que era e $16.811.40;

SEGUNDA: Del monto mensual se descuenta un cincuenta por ciento (50%), que se estima el occiso dedicaba para atender a su congrua subsistencia;

TERCERA: El cincuenta por ciento (50%) restante, es decir, la suma de ocho mil cuatrocientos cinco pesos con setenta centavos, ($8.405.70), corresponde a la madre, y se liquidan hasta el momento en que Abelardo Muñoz González habría cumplido los veinticinco (25) años.

CUARTA: Se actualiza la condena, tal como se pidió en la demanda, para lo cual se tienen en cuenta las fórmulas tradicionalmente aceptadas por la Sala, tomando como base los I.P.C., certificados por el DANE, por ser hechos notorios, y que corresponde a 58.29 para Julio de 1986; y 226.46 para febrero de 1992.

Aplicando la fórmula, tenemos:

$$Ra = R \frac{\text{Indice Final}}{\text{Indice inicial}}$$

$$Ra = R \frac{226.46}{58.29}$$

Ra= $8.405.70 X 3.885057471 =

Ra= $32.656.62

QUINTA: La indemnización comprende dos períodos, así:

I) PERIODO VENCIDO O CONSOLIDADO

Trancurre desde el día treinta (30) de julio de mil novecientos ochenta y seis (1986) y va hasta el dia veintinueve (29) de febrero de mil novecientos noventa y dos).

Para obtenerlo se aplica la siguiente fórmula: 4 122

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

donde;

S= Suma o indemnización que se busca

Ra= Renta actualizada que es igual a $32.656.62

i= Interés puro o técnico del 6% anual ó 0.4867 mensual. Como se trabaja con 1 y no con 100, en la fórmula este interés se representa como 0.004867.

n= Mensualidades que comprende el período indemnizatorio,es decir, 5 años. 7 meses que equivale a 67 meses.

Reemplazando tenemos:

$$S = \$32.656.62 \frac{(1 + 0.004867)^{67} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$32.656.62 \text{ X } \frac{0.38443187}{0.004867}$$

S = $32.656.62 X 78.98976517 =

S= $2'579.538.74

II) PERIODO FUTURO O ANTICIAPDO

Se liquida dentro del siguiente marco:

Transcurre desde el día primero (1°) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992) y va hasta el momento en que Abelardo Muñoz González hubiese cumplido los veinticinco (25) años.

Fecha de nacimiento de Abelardo Muñoz González: 9 de junio de 1968 (fol 7 y 12 C.a).

Edad de la víctima el día 29 de febrero de 1992: 23 años,. 8 meses, 20 días.

Fecha en que cumplirá los 25 años: 9 de junio de 1993.

Tiempo que faltaba para llegar a la edad de 25 años, desde el 29 de febrero de 1992; 1 año, 3 meses, 10 días = 15.33 meses.

Para obtener la liquidación futura o anticipada, tenemos:

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

donde:

Ra = Renta actulizada, que como se señaló es de $32.656.62

n = Tiempo de la indemnización futura, que como se explicó, es de 15,33 meses.

Reemplazando tenemos:

$$S = \$2.656.62 \frac{(1 + 0.004867)^{15.33} - 1}{0.004867\ (1 + 0.004867)^{15.33}}$$

$$S = \$32.656.62 \frac{0.077276073}{0.005243073}$$

S = $32.656.62 X 14.73755428 =

S= $481.278.70.

Hecha la liquidación con las anteriores bases, corresponde a la señora MARIA LUISA GONZALEZ, por concepto de perjuicios materiales las siguientes sumas:

a) Indemnización debida o consolidada.....$2.579.538.74
b) Indemnización futura o anticipada.....$ 481.278.70
TOTAL.....$3'060.817.44

TOTAL INDEMNIZACION POR CONCEPTO DE PERJUICIOS MATERIALES LA SUMA DE TRES MILLONES SESENTA MIL OCHOCIENTOS DIECISIETE PESOS CON CUARENTA Y CUATRO CENTAVOS (3'060.817.44).

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 los numerales primero (1°), segundo (2°), cuarto (4°) y quinto (5°) de la sentencia calendada el dia veinticinco (25) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, por las razones dadas en los considerandos de este proveído;

SEGUNDO: REVOCASE el numeral tercero (3°) de la misma sentencia, el cual quedará así:

3°. CONDENASE a la NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, a pagar a la Señora MARIA LUISA GONZALEZ, a título de perjuicios materiales la suma de TRES MILLONES SESENTA MIL OCHOCIENTOS DIECISIETE PESOS CON CUARENTA Y CUATRO CENTAVOS ($3'060.817.44).

TERCERO: Deniégase las demás pretenciones de la demanda.

CUARTO: A este fallo se le deberá dar cumplimiento en los términos consagrados en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

QUINTO: Para el cabal cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 176 y 177 de C.C.A., se expedirán las copias respectivas de la sentencia, con constancia de su ejecutoria, con destino a las partes, haciendo precisión sobre cuál de las copias resulta idónea para la efectividad de los derechos reconocidos.

SEXTO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

FALLA DEL SERVICIO POR OMISION-Requisitos/**CARGA DE LA PRUEBA**

La parte interesada debio demostrar que la administración fue renuente a cumplir su propia decisión de lanzamiento, pese a haberle facilitado los medios para cumplirla. La omisión requería poner en evidencia que pese a estar en firme el mandato policial, la administración, sin causa justificada, se había negado a cumplirla. Si la administración no sabe del peligro que la acecha, la persona tendrá que avisar a aquella para que le brinde la protección que le pide y merece. En tal evento la inacción de la administración comprometerá la responsabilidad del ente estatal. Frente a la posesión y al derecho de propiedad de un inmueble, la autoridad no actúa oficiosamente ni para iniciar el procedimiento policivo ni para ejecutarlo. La parte interesada no puede asumir, una actitud pasiva, así considére que el derecho de propiedad merece una protección oficiosa.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Tercera.- Santafé de Bogotá D.C. Abril diez (10) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero Ponente: *Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia: Expediente Nº 6481-Indemnización- ACTOR: MARISOL ARAUJO RENTERIA.-

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 9 de octubre de 1990, mediante la cual el tribunal administrativo del Cesar denegó las súplicas de la demanda.

Súplicas que aparecen concebido en la demanda, de 16 de enero de 1990, de la siguiente manera:

"PRIMERA.- Que el Municipio de Valledupar es responsable del daño ocasionado a mi poderdante MARISOL ARAUJO RENTERIA, al haber omitido el lanzamiento de las personas que ocuparon de hecho un bien inmueble de propiedad de mi poderdante, habiéndose solicitado oportunamente la protección policiva.

"SEGUNDA.- Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene al MUNICIPIO DE VALLEDUPAR, a pagar a mi poderdante, todos los daños y perjucios morales y materiales -lucro cesante y daño emergente -; así como los demás daños ocasionados y que resultaren probados. El Municipio de Valledupar deberá indemnizar de todos los daños y perjuicios, morales y materiales -lucro cesante y daño emergente -, a la demandante, teniendo en consideración las siguientes o semejantes pautas y factores:

"a) Como daño emergente la suma de $50.000.000.oo (Cincuenta millones) de pesos, producido del valor comercial del inmueble ocupado de hecho, que tiene una extensión superficiaria de 10.000 metros cuadrados a razón de 5.000.oo (cinco mil) pesos el metro cuadrado.

"b) Como lucro cesante: la utilidad, ganancia o provecho que dejó de reportar mi mandante a consecuencia de no haberse lanzado a los ocupantes de hecho, que debe ser, por lo menos, equivalente al interés bancario corriente, sobre el valor del predio.

"c) La pérdida de una oportunidad de venta que tenía mi cliente en el momento de producirse la ocupación de hecho.

"d) Se pagará a mi mandante a título de indemnización, por perjuicios morales subjetivos, la cantidad, en pesos colombianos, que sea necesaria para adquirir dos mil gramos de oro puro a la época de la sentencia, o con la cotización que certifique el Banco de la República, o en su defecto, empleando cualquiera otra fórmula, sistema o procedimiento, que resulte más favorable a los intereses de mi mandante.

"e) El valor de la actualización, a la fecha de la sentencia, de las cantidades anteriores, que se puede obtener mediante la utilización de los sistemas, criterios y procedimientos adoptados por la sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Honorable Consejo de Estado, por medio de los cuales se busca obtener la corrección monetaria, a fin de mantener el poder adquisitivo de la moneda colombiana, por el tiempo trascurrido entre la fecha en que solicitó la protección policiva y la fecha en que probable de pago efectivo de los perjuicios, o mediante la aplicación de cualesquiera otro procedimieto técnico que conduzca al mismo fin.

"f) Por la indemnización debida se reconocerán intereses del 33% anual o cualquier otro porcentaje, mayor o menor, que resulte de aplicar la fórmula de las matemáticas financieras.

"TERCERA.- Si no fuere posible cuantificar el monto de todos los perjuicios durante el plenario, la condena deberá hacerse en abstracto o in genere, para lo cual se dispondrá el trámite del incidente respectivo, fijando las bases o,pautas a que hubiere lugar, todo de conformidad con lo dispuesto en los Arts. 172 y 178 del Código Contencioso Administrativo y el Art. 308 del Código de Procedimiento Civil.

"CUARTA.- La demanda que se imponga deberá cumplirse en las condiciones y términos impuestos por los Arts. 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo, so pena de que vencidos los términos de Ley se tenga que pagar intereses comerciales durante los seis meses siguientes a su ejecutoria y moratorio después de este término, conforme a certificción que expida la Superintendencia Bancaria."

En la demanda se narraron, en síntesis, los siguientes hechos:

1) Que el dia 13 de julio de 1982 la señora Marisol Araújo R. adquirió el inmueble en Valledupar a la señora Elvira Araújo de A, mediante la escritura N°590 de la notaría de la Paz, con una cabida de 10.000 mts.

2) Que ejerció la posesión del inmueble durante 6 años en forma pública y pacifica, hasta que el 26 de marzo de 1988 se produjo la invasión que la privó de esa posesión.

3) Que impetró por conducto de apoderado la protección de su propiedad ante el señor alcalde de Valledupar, el cual, mediante acto administrativo de 13 de abril de 1988, admitió la querella formulada y decretó el lanzamiento de los invasores.

4) Que el inpector de policía el 15 de abril de ese año dovolvió las diligencias por no contar con el apoyo de la policía.

5) Que con osterioridad se repitieron las comisiones sin que se lograra la práctica de la diligencia. Finalmente el 8 de agosto se dispuso que permanecieran las diligencias en la secretaría hasta tanto los interesados aportaran los medios para llevar a cabo la diligencia de lanzamiento.

El Tribunal, luego del trámite de rigor, decidió la instancia y denegó las suplicas de la demanda. De ese fallo se destacan los siguientes apartes:

"Lo hasta aquí expuesto no es suficiente para endilgarle responsabilidad a la administración municipal, porque no se probó en el juicio civil policivo que hubiese rehusado cumplir consu deber y que en el presente caso se trataba del desalojo de unos invasores.

"A contrario sensu quedó establecido que la diligencia de lanzamiento no se llevó a cabo por no haber suministrado la parte actora los medios necesarios para dicha diligencia.

"En efecto, la administración municipal, ordenó la diligencia de lanzamiento solicitada mediante auto de fecha 13 y 15 de abril de 1988, comisiónandose para tal efecto al inspector Primero de Policía de esta ciudad.

"Es de notar que la mencionada diligencia a pesar de ser ordenanda en seis oportunidades, todas fracasaron por diferentes motivos, así:

"En dos oportunidades, por no suministrar la parte actora los medios necesarios para la práctica de dicha diligencia; en otra dos por no haberse contado con la colaboración de la policía para la prestación del servicio, ya que según constancia procesal en una ocasión se encontraba cumpliendo funciones protocolarias y en la segunda ocasión por estarse realizando en esta ciudad un consejo de seguridad debido a los últimos acontecimientos de orden social acaecidos en el Departamento y en otras dos se desconocen los motivos del fracaso, entendiendo el Tribunal que ello se debió a la no concurrencía de la parte actora, a prestar los medios necesarios ateniéndose a la constancia del 8 de Agosto de 1988, en la que se lee textualmente:

"Manténgase el expediente en Secretaría hasta tanto los interesados aporten los medios para llevar a cabo la diligencia de lanzamiento ordenada en auto del 13 de abril del presente año."

"Para la sala resulta clara la conducta pasiva asumida por el apoderado de la señora Marisol Araújo en el curso de la querella civil policiva, ya que solamente encontramos tres actuaciones discrimadas así: La primera promoviendo la respectiva acción, la segunda un escrito dirigido al Alcalde Municipal de fecha 20 de abril de 1988 el que obra a folio 28 del cuaderno que contiene la querella policiva y donde justifica su no asistencia a la diligencia de lanzamiento fijada, por razones de salud y solicita una nueva fecha para tal efecto; la tercera y última actuación es el memorial del 6 de diciembre de 1989, donde pide fotocopia auténtica de la actuación adelantada ante la administración municipal.

"No hubo en el transcurso de la querella un requerimiento, una petición, una insistencia para que la administración pudiera cumplir con el deber impuesto. Y es que era obligación de la parte actora exigir a la Alcaldía Municipal la protección de su propiedad privada, para lo cual se debía practicar el lanzamiento ordenado...

"Pero, es que además de no prestar los medios necesarios para el cumplimieto de la orden impartida por el órgano municipal, encontramos que el doctor ARAUJO NOGUERA no estuvo atento a cada uno de los pasos a seguirse en la querella. A dicha conclusión llegamos luego de una cuidadosa y atenta lectura de la exposición rendida ante este tribunal en la cual, en uno de sus apartes manifiesta que el Inspector lo buscaba en su casa y le comunicaba cuando iba a practicarse la diligencia.

"Nos indica entonces lo anterior, que no hubo una falla del servicio porque a contrario sensu, había un deseo de la administración en ejecutar la orden de lanzamiento.

Además señala el doctor ARAUJO NOGUERA que en varias oportunidades estuvo en contacto con el Jefe de Planeación Municipal doctor GUSTAVO GENECO, quien le expresaba que no se preocupara porque a las personas que se encontraban en dicho predio, serían reubicadas en otro terreno.

"Lo cierto es que no se encuentra consignada en la querella actuación alguna de la parte interesada, donde exigieran a la administración municipal cumpliera con la orden que había sido impartida. Y es que si la administración municipal no queria cumplir con ese deber, él podía acudir a la Procuraduría Regional, para que fuera efectivo se derecho.

"Pero si la parte actora no tenía los medios necesarios para la práctica de la diligencia de lanzamiento, bien podía hacer uso del amparo de pobreza, consagrado en nuestro estatuto procesal civil en el título III, capitulo VI, artículo 160 y siguientes para que fuera liberada y atender los gastos del proceso. Norma de aplicación también en estos procesos por mandato del artículo 218 del Código Departamental del Policía.

"No se configura entonces la falla del servicio por omisión de la administración, por no haberse probado en el proceso, ya que como anotabamos anteriormente ella no es absoluta sino que es relativa y condicionada a ciertos requisitos."

Descontenta la parte actora con la decisión, interpuso apelación y la sustentó mediante escrito que obra a folios 190 y siguientes.

Arguye la recurrente que fue diligente con la proposición de la querella y que la administración debió actuar por su cuenta y sin esperar la solicitud de la parte interesada.

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

La fiscalía segunda de la corporación en su vista de 5 de diciembre de 1991 (a folios 236 y siguientes) estima que la sentencia apelada merece confirmación. A guisa de conclusión observa:

"Tenemos pues que el análisis de los hechos que hizo el Tribunal, no fue desvirtuado por el recurrente. Su única defensa o argumento para recurrir consiste en la interpretación muy personal de la forma como debe ser el proceder policivo, apartándose si es el caso de las pautas señaladas en las normas de procedimiento, pues a su juicio, es prioritario el derecho de propiedad que debe protegerse. El recurrente tiene su propio enfoque sobre el proceder que han debido seguir las autoridades de policía, sin entrar a

considerar su propia conducta, ni tratar siquiera de contradecir lo afirmado en la sentencia. Lo anterior talvez por ser tan evidente lo ocurrido, pues de las omisiones en que la actora incurrió quedó constancia en las providencias que el Tribunal destacó.

"En la sentencia recurrida se analizaron las circunstancias que impidieron realizar la diligencia policiva solicitada por la parte actora, para concluir el tribunal, que no es posible declarar la responsabilidad del ente demandado. Se transcriben igualmente apartes de una sentencia del Consejo de Estado, entre las varias que han decidido casos similares.

"La decisión tomada por el tribunal resulta acorde con la jurisprudencia que sobre este punto tiene establecida la Sección Tercera del Consejo de Estado, para concluir que en el presenta caso la parte interesada no prestó al juez la debida colaboración para la práctica de la mencionada diligencia."

Para la sala la decisión del tribunal merece confirmación, ya que el análisis hecho se ajusta a la realidad procesal y probatoria. Muestran los autos que la ahora demandante instauró querella policiva ante el señor alcalde de Valledupar, por la ocupación de hecho de inmueble de su propiedad; que obtuvo decisión favorable de lanzamiento; y que la diligencia no pudo llevarse acabo, pese a que en repetidas veces se señaló fecha y hora para su ejecución.

Y es precisamente en este extremo donde, según la actora, se produjo la omisión perjudicial de las autoridades municipales, porque éstas debían haber actuado, según su opinión, de oficio o in continenti, o sea prontamente, al punto, sin dilaciones.

Para la sala esta no es la interpretación legal y por eso comparte la decisión a-quo. *La parte interesada debió demostrar que la administración fue renuente a cumplir su propia decisión, pese a haberle facilitado los medio para cumplirla.*

Aquí la prueba no puede ser la decisión misma, porque esta no es más que el soporte que imponía la obligación de hacer o de cumplir la diligencia y no la prueba de la omisión.

La omisión, como es obvio, requería poner en evidencia que pese a estar en firme el mandato policial, la administración, sin causa justificada, se había negado a cumplirla.

Y esta prueba no se dio. La autoridad estuvo presta a cumplir; prueba de ello el hecho de haber señalado fecha y hora para el lanzamiento en seis oportunidades.

Tampoco probó la parte actora que había suministrado los medios para su cumplimiento. Este extremo, aceptado por el tribunal, no fue desvirtuado y se refiere a dos de las seis oportunidades indicadas. Asimismo no se demostró que la policía, sin razón justificativa, se había negado a prestar la colaboración requerida.

Y en este caso, de haber sido cierto, la imputación de responsabilidad sería sólo para la nación (ente no demandado) y no para el municipio.

No hizo esfuerzo alguno la parte actora para demostrar que en las dos últimas oportunidades no existió motivo justificado para no hacer la diligencia. Ante el silencio de la actora, cabe concluir que no hizo nada para facilitarle la diligencia.

Pone de presente el asunto aquí decidido que el manejo de la omisión administrativa para efectos de fundar en ella una responsabilidad estatal, no es tan simple como parece porque una es la situación cuando la administración debe actuar de oficio y otra cuando su diligencia obedece a una instancia de parte. Pero aun en la primera hipótesis, que parte de la oficiosidad administrativa, pueden darse eventos que requieren que la administración sea notificada de la circunstancia que mueva su decisión.

El mismo deber de protección de la vida de las personas que tienen la administración de manera primordial puede presentar facetas diferenciales. Así, percata la administración por cualquier medio idóneo del peligro que corre una persona deberá actuar, aquí si incontinenti, para salvaguardar su vida o integridad. Pero si la administración no sabe, determinado momento, del peligro que la acecha, la persona tendrá que avisar a la administración para que le brinde la protección que le pide y merece. En tal evento, la inacción de la administración comprometerá la responsabilidad del ente estatal. Frente a la posesión y al derecho de propiedad de un inmueble la ley contempla regla protectoras, pero ellas obedecen regularmente a instancia de parte. En este orden podrá protegerse ese derecho, en principio, mediante acciones posesorias o de dominio de sello jurisdiccional.

Pero la autoridad, frente al menciodado derecho, no actúa oficiosamente ni para iniciar el procedimiento policivo ni para ejecutarlo. La parte interesada no puede asumir, como en el caso concreto, una actitud pasiva, así considere que el derecho de propiedad merece una protección oficiosa.

Por lo demás, la posición de la sala expedida atrás, corresponde al pensamiento reiterado de la corporación. Al efecto cabe recordar la jurisprudencia contenida en el fallo de junio 12 de 1984 de esa misma sala (proceso 3755), de la que fue ponente el señor Consejero José A. Bonivento F. y que estudió asunto similar. Allí se dijo:

> "En el asunto que ocupa la atención de la Sala, se demostró que el Inspector Sexto de Policía de Santa Marta, en cumplimiento de la comisión conferida por la Alcaldia Mayor de la misma ciudad, señaló fecha y hora para la práctica de la correspondiente diligencia, más no se estableció que la parte interesada hubiere acudido el dia y hora señalados con tal efecto. (fl.17 y 59). No se pueden entender los poderes inquisitivos de los funcionarios hasta el extremo de exigirseles la práctica de diligencias si las partes no concurren a trasladarlos al sitio donde deben practicarse, y en el sub-lite no se demostró que la parte se hubiera hecho presente con tal fin, a pesar de la afirmación en contrario que contiene la demanda en el hecho 6° en el sentido de que a pesar de los

requerimientos hechos al Municipio de Santa Marta, éste se ha negado a hacer efectiva la sentencia de 28 de septiembre de 1978.

"Esa conducta, evidentemente pasiva, de quien ahora reclama perjuicios por la negligencia de la administración, impide la declaratoria de responsabilidad, por cuanto a juicio de la Sala, es necesario, la petición para la actuación del Estado, entendiendo que la responsabilidad no es absoluta o incondicional, sino que es relativa, y condicionada a determinadas circunstancias, entre las cuales una de las más importantes es la solicitud, para que la administración actúe en determinado sentido para la protección del ciudadano, según antecedentes jurisprudenciales de la Corporación, que en reciente fallo dijo al respecto:

"En la concepción de derecho público sobre la responsabilidad extracontractual, liberada del sometimiento a las normas del Código Civil que rigen las relaciones privadas, es decir, dentro de la teoría autónoma de la falta o falla del servicio, es clara, sin duda con mayor fundamento, la afirmación de que las entidades estatales son responsables por omisión, pero no de manera absoluta, incondicional, sino relativa, condicionada a la existencia de determinadas circunstancias: solicitud expresa de intervención dirigida a la autoridad con capacidad funcional de conformidad con las exigencias y formalidades establecidas en la leyes. No se puede, pues, 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 la intervención de acuerdo con las disposiciones legales pertinentes.

"Con razón escribió Charles Rousseau en su Teoria General de la Responsabilidad del Derecho Administrativo: Reconocer que el servicio público al no funcionar, puede cometer una falta, equivale a decir que está obligado a obrar, y que por tanto debe reparar pecuniariamente las consecuencias de su inacción.

"Como es obvio, para que esa posibilidad de configuración de la falla del servicio se convierta en real, es indispensable la existencia de la obligación de actuar; de tal manera que si la ley ha reglamentado el procedimiento en determinada materia, con la exigencia de la querella para que se ponga en movimiento la administración a través del funcionario respectivo, resulta ineludible el formal requerimiento, pues de lo contrario no surge la obligación y sin ésta tampoco aparece el primer elemento axiológico de la responsabilidad extracontractual o sea la falta administrativa.

"Quiere precisar la sala que, la pasiva actitud asumida por la interesada en la práctica de la diligencia por el funcionario comisionado, impide la prosperidad de sus pretenciones, dejando a salvo las acciones que la ley concede para la efectividad de sus derechos. La manifestación de la demandante, se repite, de haber sido reiterada la exigencia en el cumplimiento de la providencia no

encuentra ningún respaldo probatorio en el plenario. Entonces no se puede decir que hubo falta o falla del servicio, por cuanto no basta el simple incumplimietno de la providencia sino que debe haber una expresa negación de la administración de no cumplirla a la solicitud del administrado."

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 9 de octubre de 1990 dictada por el tribunal administrativo del Cesar.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE

Esta providencia fue aprobada por la sala en su sesión celebrada el dia 9 de abril de 1992.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

APELACION ADHESIVA/ REFORMATIO IN PEJUS-Improcedencia.

Dada la naturaleza de todo recurso, quien lo propone siempre busca que se examine nuevamente el contenido de la decisión que afecte sus intereses. Este mismo sentido lo mantiene la apelación adhesiva frente a lo desfavorable de la respectiva providencia. Si bien el principio de la reformatio in pejus rige en nuestro sistema procesal en el sub-judice no hay lugar a su aplicación en virtud de la apelación adhesiva, la cual neutraliza el rigor de tal principio, para que pueda examinar sin limitaciones la providencia recurrida. Así pues, en virtud del recurso adhesivo la Sala como fallador de segunda instancia, no mantiene limitada su labor revisoria de todos los aspectos del proceso que afecten los intereses de las partes.

CONTRATO DE TRANSPORTE-Régimen aplicable/ **LIQUIDACION DEL CONTRATO**-Improcedencia/ **EXCEPCIONES/PETICION ANTICIPADA**-Improcedencia

En el decreto ley 150 de 1976 no se consagra para el contrato de transporte la liquidación, entendida como el trámite o diligenciamiento especial, aplicable sólo en los casos a que alude el artículo 191 del estatuto contractual mencionado. Lo razonable es que entre las partes se produzca un acuerdo, un convenio que armonice y concrete las obligaciones y derechos de cada una, sin que haya lugar a la imposición unilateral (liquidación) del querer de uno de los contratantes, la administración; si no se logra procederán las acciones judiciales pertinentes. Antes que despachar el conflicto por la vía de "la petición anticipada", lo procedente era que el fallador de primera instancia hubiese liquidado el contrato, pues, como juez del mismo, el Tribunal tenía competencia para hacerlo.

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES/ CADUCIDAD/ TRANSITO DE LEGISLACION

El término de caducidad de dos años para el ejercicio de la acción de reparación directa, opera solamente para el futuro y es aplicable únicamente para caducidad de las acciones originadas en hechos ocurridos después de marzo de 1984. REITERACION JURISPRUDENCIAL: Sentencia de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de noviembre 8 de 1991, Exp. S-139, Actor: Jesús Maria Giraldo, ponente: Dr. YESID ROJAS SERRANO.

CONTRATO DE TRANSPORTE/ CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE TRANSPORTE-Diferencias/ **CONTRATO DE TRANSPORTE MARITIMO**-Régimen aplicable/ **PRESCRIPCION**-Interrupción/ **CARGA DE LA PRUEBA**

No es fácil asumir como un mismo contrato el denominado "arrendamiento de transporte" del Código Civil, con el contrato de transporte del estatuto mercantil, o más específicamente con el contrato de transporte marítimo regulado por el mismo ordenamiento. Sus características, las partes, los medios utilizados, los adelantos tecnológicos, la naturaleza misma del transporte, entre otros, son factores de diferenciación entre los dos contratos. Por tratarse de un contrato de transporte con participación de una entidad del Estado y una firma de naturaleza mercantil, se debe regir por el estatuto de contratación administrativa, la ley comercial y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas." La prescripción de dos años es la aplicable al sub-lite y al interrumpirse el término inicial se vuelve a comenzar el mismo período bianual, sin que haya lugar al cambio de término prescriptivo ordinario o de veinte años, como se propone. La demandante no cumplió con la carga probatoria de acreditar hechos constitutivos o tipificadores de circunstancias con fuerza interruptiva de la prescripción extintiva o liberatoria de la prestación a cargo de la demandada y en favor de la demandante.

TESTIMONIO-Valoración

El motivo de sospecha no necesariamente significa que el testigo falte a la verdad y por ello no se puede rechazar de plano su declaración. Obliga sí, en cambio, a examinar con estricto criterio de severidad esta clase de testimonios, hasta el punto que el resultar próspera la tacha habrá de prescindirse de su información.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contecioso Administrativo.-Sección Tercera.- Santafé de Bogotá D.C., veintitres de abril de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente:*Daniel Suarez Hernandez.*

Referencia: Expediente N° 6438

Actor: HALKEDIS COSTALAS AND WIEMKEN INC.

Conoce la Sala del recurso de apelación inicialmente interpuesto por la parte actora y del mismo recurso en adhesión ejercido por la entidad demandada, contra la sentencia de 13 de noviembre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual se dispuso "DECLARAR PROBADA LA EXCEPCION DE PETICION ANTICIPADA".

ANTECEDENTES PROCESALES

1°.- Las pretenciones.-

La sociedad HALKEDIS COSTALAS AND WIMKEN INC. constituída bajo las leyes del Estado de Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, el 9 de agosto de 1985, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca contra el Instituto de Mercadeo Agropecuario -IDEMA- para que se hicieran las siguientes:

DECLARACIONES

"1.1. Que el INSTITUTO DE MERCADEO AGROPECUARIO -IDEMA- incumplió la obligación de pagar a HALKEDIS COSTALAS AND WIMKEN INC., el valor de la compensación por sobre estadía en los Puertos de cargue pactada en el Contrato 036 de 1979.

"1.2. Que el INSTITUTO DE MERCADEO AGROPECUARIO -IDEMA- incumplió la obligación de pagar a HALKEDIS COSTALAS AND WIMKEN (sic) INC. el valor de los mayores costos que ésta incurrió por haber cargado en tres muelles adicionales a los pactados en el viaje realizado para la ejecución del Contrato 036 de 1979.

"1.3. Que en virtud de lo expuesto en los dos puntos precedentes, el INTITUTO DE MERCADEO ACROPECUERIA-IDEMA- está obligado a pagar a HALKEDIA COSTALAS AND WIMKEN (sic) INC. las obligaciones contractuales pendientes y a reparar los perjuicios derivados de su incumplimiento, equivalente a los intereses de mora correspondientes.

"2. CONDENAS

"2.1. Que el INSTITUTO DE MERCADEO AGROPECUARIO -IDEMA- está obligado a pagar a HALKEDIS COSTALAS AND WIEMKEN INC. por concepto de obligaciones pendientes a cargo del citado INSTITUTO y derivados

del Contrato 036 de 1979 el valor equivalente en pesos colombianos de US$65.760.43, de los Estados Unidos de América, cuya conversión deberá hacerse al tipo de cambio vigente en la fecha en que se efectúe el pago, de acuerdo con lo previsto por el Artículo 248 del Decreto 444 de 1967.

"2.1.1. Por sobre estadías (demoras) del buque Akritas en los puertos de cargue (Necochea y Bahía Blanca) la cantidad de US$45.190.96 a favor de la sociedad demandante.

"2.1.2. Por costos extraordinarios incurridos por HALKEDIS COSTALAS en razón de haber cargado en tres muelles adicionales a los convenidos, la cantidad de US$22.184,04.

"2.1.3. De la suma de los dos anteriores conceptos debe restarse el valor de los premios (distpach) obtenidos por el IDEMA en el puerto de descargue, Buenaventura, que asciende a US$1.614.58.

"2.2. Que el INSTITUTO DE MERCADEO AGROPECUARIO -IDEMA- está obligado a pagar a HALKEDIS COSTALAS AND WIEMKEN INC. intereses de mora sobre US$65.760.42 a la tasa máxima permitida por la legislación colombiana en operaciones comerciales; intereses que deberán liquidarse y pagarse desde que las demoras ocurrieron, de acuerdo con el Artículo 1661 del C. de Co., y desde la fecha en que se causaron los gastos extraordinarios por cargue en los muelles adicionales y en ambas hipótesis hasta su pago total.

"2.3. Que el IDEMA está obligado a pagar las COSTAS de este proceso". Fols 6-7 Cdno 1).

2°.- Fundamentos de hecho

Aparecen relacionados por la parte actora a folios 7 a 12 del expediente. En lo fundamental, para la Sala pueden concretarse a lo siguiente:

Entre las partes, esto es, el Instituto de Mercadeo Agropecuario -IDEMA- y la Sociedad Halkedis Costalas And Wiemken Inc, de Nueva York se celebró el Contrato N° 036 de 1979, con el objeto de "efectuar el transporte marítimo internacional-MODALIDAD FIOT- de veinte mil (20.000) toneladas métricas de trigo a granel. 10% de más o menos, opción Buque, desde un muelle seguro, un puerto de Bahía Blanca Argentina, hasta el puerto Colombiano de BUENAVENTURA". (Cláusula Primera). Como período de embarque se fijó "el comprendido entre el 1° y el 20 de marzo de 1979, con un promedio de cargue de 2.000 toneladas métricas diarias y un promedio de descargue de 1500 toneladas métricas diarias incluyendo domingos, festivos y además aquel tiempo que no se puede trabajar por causa de lluvias... Se entiende por período de embarque aquel en el cual deba presentarse el buque para el cargue (Laydays not Shipment Days)" (Cláusula Quinta).

Se convino un flete de US$26.72 por tonelada métrica transportada, (Cláusula Sexta) y en cuanto a la forma de pago el Contratante se comprometió a entregarle al Contratista, el 90% de dólares americanos, mediante carta de crédito irrevocable y confirmada y/o copia del Conocimiento de Embarque con anotación A BORDO.

En relación con el saldo del valor de tranporte marítimo, se estableció que "se pagará en dólares una vez se efectúe la liquidación del contrato y ésta sea aprobada por la oficina de Cambios del Banco de la República, teniendo en cuenta para ello las demoras, los permisos, lo girado en moneda colombiana para entender los gastos portuarios y otros gastos que se ocasionen en este contrato. Para tal evento, se abrirá carta de crédito irrevocable y confirmada, pagadera a la vista contra presentación de la cuenta de cobro y copia de la liquidación final del contrato, debidamente firmada por IDEMA y por el CONTRATISTA..."(Cláusula Séptima).

La Nota de aislamiento (Notice of Readiness) del buque en los términos de la Cláusula octava del negocio "deberá ser presentada al suministrador del producto en el puerto de cargue y al Agente del IDEMA en el puerto de descargue, en dias hábiles antes de las 4:00 P.M. o antes de las 12:00 si es sábado y el término y el tiempo libre empezará a contarse a partir de las 7:00 A.M. del siguiente día hábil haya o no atracado el buque, entendiéndose que la nave debe haber cumplido todos los requisitos exigidos por las autoridades Portuarias (Aduana, Sanidad Portuaria, etc.), firmada y aceptada la Nota de Aislamiento por el Proveedor del producto se procederá al cargue o se dejarán claramente establecidas las causas que impiden la iniciación del mismo, en la respectiva relación de hechos (Statement of Facts.)...".

En la Cláusula novena se pactó que "La compensación por sobre estadías en el puerto de cargue y en el de descargue será por cuenta de IDEMA y se pagará a razón de US$5.000.oo diarios o proporcionalmente por fracción de dias...", y en el Parágrafo de la Claúsula décima séptima, se estableció que IDEMA" no reconocerá demoras del buque durante el cargue o descargue, si son causadas por culpa imputable al CONTRATISTA.

Manifiesta la demandante haber cumplido a cabalidad las obligaciones contractuales a su cargo cuando entregó al IDEMA completo y sin observaciones, en Buenaventura el cargamento recibido para transportar. Tal cometido lo cumplió en el buque Akritas que movilizó 22.000 toneladas de trigo granel, de acuerdo con los conocimientos de Embarque N° 1 de 30 de marzo de 1979, Nacochea (1000 Tons); Número de 12 de abril de los mismos años y puerto (13.500 Tons.); Número 1 del 11 de abril de 1979, de Bahía Blanca (500 Tons) y número 2 del 12 de abril de los mismos año y puerto (7000 Tons).

Sostiene la firma demandante que en el caso examinado hubo incumplimiento contractual por parte del demandado pues "se generaron demora en los puertos de cargue, esto es, que el IDEMA incumplió los términos previstos en el Contrato para la operación de cargue, por cuanto empleó más tiempo del que le fue otorgado... al no haber cargado el tonelaje mínimo pactado". De otra parte afirma que el buque tuvo que hacer varios movimientos en Necochea y Bahía Blanca, por orden de las

Autoridades Portuarias Argentinas y por disposición de los embarcadores, por lo que tuvo que cargar en distintos muelles, originando costos suplementarios para el naviero.

Sostiene la empresa demandante que IDEMA efectuó la liquidación provisional del viaje "de acuerdo con su particular criterio, estableció el monto de las demoras en los puertos de cargue y el valor de los gastos extraordinarios por cargue en varios muelles adicionales a los convenidos". El valor liquidado por el IDEMA es, en concepto de la actora, "sustancialmente más bajo que el que efectivamente adeuda", y además sostiene que el IDEMA no ha modificado las posiciones iniciales respecto de los valores por demoras en los puertos de cargue, ni los costos extraordinarios asumidos por el naviero en los muelles adicionales.

Con respecto a las sumas reclamadas por la firma demandante, ésta sostiene que el buque arribó a puerto de cargue -Necochea- el 20 de marzo de 1979 a las 11:10 horas, cuando presentó la Nota de Alistamiento y los vendedores del trigo le dieron su aceptación. Así, "el tiempo libre para el cargue ha de empezar a contarse desde el 21 de marzo de las 07:00 horas". Como el cargue en Nicochea y Bahía Blanca duró hasta el 12 de abril de 1979., a las 8:55 horas, resultó una demora de 9 dias y 55 minutos, los cuales al multiplicarse por Us$5.000 diarios, da un total de US$45.190.96 en favor de la empresa accionante.

Agrega además que el buque debió atracar en dos muelles adicionales en Necochea y uno adicional en Bahía Blanca, generando así expensas extraordinarias a cargo del Naviero por valor de US$22.184,.04. Por concepto de premios (distpach) a favor del IDEMA, se reconocen US$1.614.58, de donde resulta un saldo final favorable a Halkedis Costalas and Wiemken Inc., de US$65.760.42.

3°.- Actuación procesal.

La Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca al estudiar la demanda consideró que no era su competencia conocer de la misma dado que el "lugar donde se ejecutó o debió ejecutarse el contrato" era el puerto de Buenaventura, de donde resultaba competente el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca a cuyo conocimiento se dispuso remitir la demanda con sus anexos (flsx. 111-112). La parte actora recurrió en reposición que fue en su contra.

Mediante auto proferido el 10 de abril de 1986, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca admitió la demanda y dispuso la notificación y traslado respectivos al representante legal del Instituto de Mercadeo Agropecuario -IDEMA-. El apoderado del ente demandado respondió el libelo, mediante escrito visible a folios 139 a 155, con expresa oposición a todas las pretensiones, a la vez que imperó la absolución total del Idema, condena en costas y perjuicios a la actora.

4°.- Posiciones jurídicas de las partes.

Advierte la Sala que los planteamientos inicialmente expresados en la demanda, coinciden en lo fundamental con los consignados en los alegatos de

fondo de primera y segunda instancia, los que posteriormente también fueron expuestos oralmente durante la celebración de audiencia pública por el señor apoderado de Halkedis Costalas and Wiemken Inc. en la audiencia pública. Similar apreciación puede hacerse de los argumentos defensivos del Instituto de Mercadeo Agropecuario, cuyo apoderado los expresó al contestar la demanda, en los alegatos de conclusión y complementarios, así como durante su intervención oral en la audiencia mencionada.

En las anteriores condiciones, con miras a evitar repetidas apreciaciones en torno de temas o aspectos analizados o comentados con anterioridad, considera la Sala apropiado precisar, la sociedad actora y el Instituto demandado, fundamentan la defensa de sus respectivos intereses, cuando se sinteticen las intervenciones orales cumplidas en audiencia, se conocerán más en detalle las argumentaciones de las partes.

A) En ese orden de ideas, la posición de la firma demandante se reduce, en resumen, a los siguientes puntos:

1. Halkedis Costalas and Wiemken Inc., cumplió a cabalidad las obligaciones contractuales a su cargo cuando entregó al Idema completo y sin observaciones, en Buenaventura, el cargamento de trigo recibido para su transporte.

2. El Instituto de Mercadeo Agropecuario -Idema-, por su parte, incumplió las obligaciones contractuales que le correspondían, porque se generaron demoras en los puertos de cargue que dieron lugar a un tiempo superior al convenido y el buque, además, tuvo que hacer varios movimientos en Nicochea y Bahía Blanca, por lo que se vio precisado a cargar en distintos muelles, dando lugar a mayores costos para el naviero.

3. Los valores liquidados por el Idema son inferiores a lo efectivamente adeudado, tanto por la demora en el cargue, como por los costos suplementarios que debió sufragar el naviero.

4. La excepción de prescripción extintiva o liberatoria propuesta por la parte demandada no se debe declarar por las siguientes razones:

a) Los hechos materia de la controversia fueron anteriores a la expedición del Decreto 01 de 1984, cuando no se preveía término de caducidad si no de prescripción.

b) Como la acción se ejercitó en vigencia del Decreto 01 de 1984 que señaló una caducidad de dos años (art. 136-7 C.C.A.), este es el plazo aplicable a las acciones derivadas de contratos celebrados antes del 1° de marzo de 1984 y ejercitadas después de esta fecha, siempre que no se encontraran prescritas.

c) El Código de Comercio en el artículo 993 consagra una prescripción de dos años, término este que debería contarse desde el 12 de abril de 1979 cuando finalizó el descargue de la mercancía y "momento en el cual se entienden entregados los

bienes objeto del transporte", siempre y cuando no hubiere habido interrupción del fenómeno prescriptivo.

d) La prescrición es susceptible de ser interrumpida. Por remisión del artículo 822 del estatuto mercantil, se debe acudir a las normas civiles que regulan el fenómeno prescriptivo, y consagran la prescripción ordinaria (art. 2339 C.C.) y la de corto tiempo (art. 2544 ibídem).

e) En el caso bajo estudio se dieron las siguientes interrupciones:

- El Idema liquidó el viaje y reconoció saldos en favor de la actora.

- El Idema envió el Oficio 29.494 de 21 de agosto de 1979 con reconocimiento de demoras a su cargo.

- Por oficio del 10 de agosto de 1981 el Idema renovó su oferta de pago y en forma expresa reconoció sus obligaciones.

- Se cumplieron diversos períodos de negociaciones en los cuales el Idema reconoció de manera expresa las obligaciones cuyo cumplimiento se demanda, de acuerdo con las conversaciones sostenidas por el Idema o sus asesores con Alfonso Senior y los abogados Hernán Manrique y Carlos Lleras de la Fuente.

_En cada uno de estos períodos se interrumpieron los términos respectivos de prescripción. La primera etapa tuvo lugar en octubre y noviembre de 1980; la segunda se inició en julio de 1981 y duró hasta septiembre del mismo año; y, la tercera tuvo lugar a partir de 1982 y se extendió a finales de 1984, esta última se cumplió con intervención del abogado Lleras de la Fuente.

5. Como la alegada prescripción extintiva no es la ordinaria o de largo tiempo, sino especial o de corto tiempo, al interrumpirse ésta prescripción se pierde el tiempo transcurrido y en adelante se inicia un término prescriptivo no igual al anterior (2 años), sino el ordinario de 20 años, conforme a los artículos 2536 y 2544 del C.C.

6. El artículo 2543 del C.C. señala una prescripción de dos años, por el precio de los servicios prestados, entre otros, por los "acarreadores", y quienes en concordancia con el artículo 2070 del mismo ordenamieto y según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, asimila con el término"naviero".

787. La prescripción del contrato del transporte, de dos años, tanto del Código Civil (art. 2543), como en el Comercio (art. 993), una vez interrumpida, el término que empieza a correr de nuevo no es ya de dos años, sino de veinte años, las acciones de la firma actora no se hallaban prescritas y por tanto tenía dos años para instaurar la demanda, los que no se vencieron pues se presentó el 9 de agosto de 1985; luego no operó tampoco la caducidad de la acción.

9. Sobre las demoras en el cargue, sostiene la demandante que, el tiempo adicional de cinco días a razón de US$5.000.oo diarios, debe asumirlo el Idema, porque la pérdida de tiempo no fue causada por hechos imputables a las partes, sino a la marejada que obligó al cierre del puerto y la suspensión de operaciones. En tales casos, de acuerdo con el artículo 1662 del Código de Comercio, corresponde al "cargador y/o destinatario" afrontar las consecuencias aconómicas de los obstáculos que trastornen o impidan las operaciones. Complementa la interpretación del costo adicional con lo dicho en la cláusula octava del contrato que consagra el comienzo del término libre para cargar, luego de presentada la Nota de Aislamiento, a partir del día siguiente hábil "haya o no atracado el buque".

Rechaza que la pérdida del tiempo para el cargue se originara en problemas del buque y, considera, que el Idema ha pretendido invertir el régimen de riesgos de las demoras, dejando sin efecto el artículo 1662 del Código de Comercio y la cláusula octava aludida. En conclusión, el tiempo libre para el cargue debe contarse desde el 21 de marzo de 1979 a las 7:00 horas y no desde el 27 del mismo mes como lo prentende el Idema. Para complementar sus razonamientos de origen inglés, relacionadas con la materia en estudio.

10. En cuanto a los gastos generados en la utilización de muelles adicionales para cargar en Nicochea y Bahía Blanca, puertos de Argentina, por valor de US$22.184.04, sostiene con base en las documentales aportadas, que la utilización de tales muelles adicionales es diferente al uso normal y ordinario de los mismos, pactado en el contrato, de donde infiere que tiene derecho a que se cancele el valor invertido por ese concepto.

11. Sobre los premios en favor del Idema por valor de US$1.614.58 por descargue en Buenaventura (distpach), cuyo reconocimiento se hizo expresamente en la demanda pero respecto del cual guardó silencio el demandado, estima que éste debía proponer la excepción de compensación para beneficiarse de la suma referida.

12. Con relación al reconocimiento de intereses a cargo del Idema plantea que se liquiden "a la tasa máxima permitida por la legislación colombiana en operaciones comerciales" y considera como "una notoria injusticia que al Idema no se le condenara al pago de intereses, cuando ese Intituto aceptó y reconoció la existencia de obligaciones a su cargo con base en sus propias liquidaciones...". Estima que los intereses pactados en el parágrafo de la cláusula Séptima del contrato, para el caso de mora en el pago de la obligación, también debería aplicarse a la segunda carta de crédito que debía abrirse para cubrir el saldo del valor del transporte.

B) Los siguientes fueron los planteamientos que hizo el Instituto demandado en defensa de sus intereses:

1. Se opone a todas las pretenciones y solicita la absolución total, así como condena en costas y por perjuicios a cargo de la actora.

2. El arribo del buque Akritas al puerto de Necochea sí se cumplió el 20 de marzo de 1979, pero solo se sometió a la inspección portuaria el 26 a las 11:45 horas y,por consiguiente, el tiempo libre para el cargue apenas comenzó el 27 de marzo de 1979 a las 7:00 horas.

3. La motonave Akritas utilizó dos muelles en Necochea y Bahía Blanca, mientras el naviero pretende el cobro por la utilización de cuatro muelles; y, duplicó abusivamente el valor.

4. La mayoría de las pruebas documentales acompañadas a la demanda no se relacionan con Halkedis Costalas and Wiemken Inc. ni con el viaje del buque Akritas a que se refiere este proceso, sino que establecen circunstancias relacionadas con terceras personas.

5. El interrogatorio de parte al Gerente del Idema es ineficaz de acuerdo con el artículo 199 del C. de P.C. Censura, además, el pretendido interrogatorio de la parte actora a su propio representante legal, señor Theodore Halkedis, así como los testimonios de Jorge Radovich y Robert V. Corbett, quienes son "socios o dependientes del señor Theodore Halkedis".

6. Tacha de sospechoso el testimonio del abogado Carlos Lleras de la Fuente, quien comparece a declarar no obstante que mantiene un interés jurídico y económico directo en el resultado del proceso. De dicho deponente afirma que no actuó a nombre de la empresa demandante, sino por encargo de un abogado amigo suyo de Nueva York, en busca de información sobre este asunto que el Idema lo suministró, pero que en ningún caso hubo negociaciones con ese testigo, porque ambos abogados, Hinestrosa y Lleras, carecían de facultades para "entrar en negociaciones, y mucho menos para formular propuestas."

7. Propone la excepciópn de caducidad de la acción administrativa (art. 136-7) del C.C.A., "teniendo presente el inicio de la vigencia de éste y el término fijado en la norma: dos años a partir de los actos o hechos que den lugar a la acción, y que la demanda no fue propuesta ante Tribunal Competente".

8. Propuso e insiste sobre la excepción de prescripción extensiva de la pretensión emanada del contrato de trasporte, regulada extintiva de la pretensión emanada del contrato de transporte, regulada en el artículo 993 del Código de Comercio, pues considera que entre la entrega de la mercancía (12 de abril de 1979) y la presentación de la demanda (9 de agosto de 1985), trancurrió un lapso superior a los dos años establecidos en la norma comercial mencionada.

9. Descarta cualquier posibilidad de interrupción o renuncia de la prescripción y rechaza la asimilación de la figura del "acarreador" del ordenamiento civil, con la del empresario del tranporte de carácter mercantil. Considera que la prescripción de los derechos derivados del contrato de transporte, no se incluye en la disposición del artículo 2543 del Código Civil y, consecuencialmente, a ella no se le aplican las fórmulas especiales de interrupción, ni la sucesión en los términos de veinte y diez

años del artículo, ni la sucesión en los términos de veinte y diez años del artículo 2536 al plazo breve o corto de prescripción, al cual, después de interrumpido o renunciado, se reanuda su contabilización por igual término (dos años), sin pasar de veinte años de la prescripción ordinaria.

10. Como la actora plantea el incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo del Idema, estima indispensable la demostración fehaciente de tal incumplimieto, el cual debe ser judicialmente declarado.

11. En punto tocante con la mora que se le achaca al Idema, replica que requerirá entonces de una liquidación definitiva, aprobada por ambas partes, y la formulación de la respectiva cuenta de cobro, pues de otra manera no se hace exigible la obligación, se ignora la cuantía del débito y, mal se puede hablar de mora y, menos aún, pretender intereses moratorios.

Agotado el período probatorio y recaudadas en lo posible las pruebas decretadas, se dispuso el traslado de rigor para las partes alegaran de bien probado, como en efecto lo hicieron, la actora en memorial que se encuentra a folios 302 y 359 para reiterar los planteamientos antes relacionados, y el ente demandado en escrito de folios 379 y 386 para respaldar las argumentaciones que también fueron referidas. En escrito complementario, el Idema hizo detenida referencia al alegato de fondo de la empresa demandante.

En su concepto de rigor (Fls. 415 a 425), el Fiscal Primero del Tribunal consideró que al momento de la presentación de la demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 9 de agosto de 1985, "ya se había operado el fenómeno de la prescripción extintiva de la pretensión de que trata el artículo 993 del Código de Comercio...". Descarta además la suspensión del término de la prescripción extintiva o liberatoria.

5°.- La sentencia apelada

En providencia visible a los folios 426 a 430, el Tribunal del conocimiento declaró probada la excepción de petición antes de tiempo. Para arribar a esa conclusión, previamente se refirió a la excepción de caducidad de la acción propuesta por el demandado, en los siguientes términos:

"El tribunal complementa el plantamiento anterior, en el sentido de agregar que a partir de la fecha en que entró a regir el Decreto 01 de 1984, se estableció un término de caducidad para esta clase de controvesias, término que aparece en el art. 136 del citado código y que es de dos años contados a partir de la expedición de los actos o de la ocurrencia de los hechos que han dado lugar a la acción.

"Por lo tanto, aunque los hechos se presentaron entes de la vigencia del Código, si la controversia fue planteada con posterioridad al Decreto 01, comenzó a ser regida por las nuevas disposiciones allí contenidas, es decir, que para élla tiene

vigencia el término de los dos años de ley a partir del 1° de marzo de 1984. De donde se concluye que si la demanda fue presentada el 9 de agosto de 1985 ante el Tribunal de Cundinamarca, a esa fecha el término no se encontraba vencido como tampoco lo estaba, cuando la demanda llegó a este Tribunal el dia 18 de Diciembre de 1985.

"Conclusión, no prospera la excepción". (Fol. 428).

De igual manera, con respecto a la excepción de prescripción extintiva de la pretensión, hizo el a-quo las siguientes apreciaciones:

"Para la Corporación tampoco prospera ésta excepción y no prospera, por la sencilla y elemental razón de que ésta clase de acción, las derivada del Contrato de Transporte se sale de los parámetros del Derecho Administrativo, Rama gobernada por el Código Contencioso Administrativo, estatuto que regula totalmente la materia en cuanto a los medios de control existentes.

"Así los arts. 84 y siguientes consagran las clases de acciones, términos para su ejercicio, los titulares, la finalidad de cada acción, etc. Situación que impide acudir a otra legislación para estudiar la controversía". (Fols. 428-429).

Descartados, pues, los anteriores medios exceptivos propuestos por la parte demandada, el Tribunal procede a estudiar la excepción de petición anticipada, respecto de la cual hace las suguientes consideraciones:

"Se pone de presente las demoras en el cargue de las mercancías, teniendo en cuenta que el período de embarque era entre el 1° y el 20 de marzo de 1979 según lo estipulado en la cláusula 5a. del contrato.

"Reza la citada cláusula: "El período de embarque será el comprendido entre el 1° y el 20 de Marzo de 1979 con un promedio de cargue de 2000 toneladas diarias excluyendo domingos, festivos, además aquél tiempo que no se puede trabajar por causa de lluvias. Una vez finalizados el tiempo libre tanto en el cargue como en el descargue, es decir, cuando el buque haya entrado en demoras, el time correrá continuamente. Se entiende por período de embarque aquel en el cual deba presentarse el buque listo para el cargue.

"De la misma manera se expresa que los costos en los cuales incurrió con motivo de los movimientos realizados para atracar en distintos muelles, deben ser cancelados por el IDEMA".

"Como resultado, pide: Declarar que el Idema incumplió la obligación de pagar' los valores que se deriven de dicho incumplimiento.

"Se encuentra que *el contrato se ejecutó, su fin se cumplió*. La etapa siguiente es su liquidación que bien puede efectuarse por acuerdo o porque la administración con base en expresa autorización legal (art. 28 Dcto 222/83)

y precisamente por no haberse llegado a un convenio, mediante un Acto Administrativo motivado y sujetos a los recursos de la vía gubernativa, practica la liquidación.

"Esta situación no se llevo a cabo, de donde se deduce que la pretensión fue anticipada imponiéndose en consecuencia, oficiosamente, declarar probada la excepción de petición anticipada". (Fol. 429).

6°.- La segunda instancia

La parte actora impugnó la anterior decisión mediante escrito sustentatorio que obra a folios 432 a 434, en el que sostiene la inaplicabilidad del Decreto 222 de 1983 y sí el 150 de 1976, porque según el artículo 38 de la ley 153 de 1887 "en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración". principio también aplicable a la contratación administrativa.

Aduce el recurrente que como el contrato de transporte ni es de los que permiten la liquidación "administrativa" porque el Decreto 150 de 1976 no facultaba a las entidades públicas para liquidar unilateralmente el contrato, la providencia apelada carece de sustento legal, sin que ello signifique que no haya lugar a la liquidación, pero en término de igualdad, de modo que si no hay acuerdo, la parte que se siente lesionada puede accionar judicialmente tal como sucede en el sub-lite, sin someterse a una liquidación unilateral, porque "si después de debatir el tema no se llega a un acuerdo de parte que se sienta afectada puede ejercer las acciones legales correspondientes, sin que en este caso se le pueda rechazar la demanda por una supuesta petición anticipada, por falta de liquidación del contrato, que no tiene cabida".

Dentro de la oportunidad procesal para alegar de bien probado, durante esta instancia, ambas partes por conducto de sus apoderados lo hicieron, la demandada en escrito de folios 442 a 450 y la actora en memorial visible a los folios 451 a 455. La demandada plantea la confirmación del fallo recurrido en cuanto declaró probada la excepción de petición anticipada y solicita revocarlo respecto de las excepciones de caducidad y de prescripción de la acción, para lo cual adhiere el recurso inicialmente formulado por el demandante, con fundamento en el artículo 353 del C. de P.C.

Ambas partes, en sus respectivos escritos reiteran los conceptos y posiciones de los que ya la Sala hizo expresa relación.

7°.- El concepto fiscal.

La señora Fiscal Séptima de la Corporación en su concepto de fondo (Fols. 457 a 464), considera, en primer término, que el contrato a que obedece este proceso es de carácter administrativo "porque se celebró por una Empresa Industrial y Comercial del Estado y contiene claúsula de caducidad..." y, por lo mismo su conocimiento corresponde a esta jurisdicción a partir del Decreto 528 de 1964.

su conocimiento corresponde a esta jurisdicción a partir del Decreto 528 de 1964.

Al referirse a las excepciones de prescripción y caducidad, la señora Agente del Ministerio Público, hace las siguientes apreciaciones:

"Ahora bien esta clase de controversias no se sujetó a caducidad alguna en el Decreto mencionado por lo que le fueron aplicadas las normas pertinentes del Código Civil sobre años para la nulidad, cuatro años para la rescisoria y ocho para la del Estado.

"A partir de la vigencia del Decreto 01 de 1984 se estableció la caducidad para el ejercicio de las acciones relativas a contratos, estableciéndose en dos años.

"En el presente caso el contrato se celebró en 1979, por lo cual en 1984 no se había configurado la prescripción que se aplicaba para estos casos. Conforme a la nueva legislación de 1984 que comenzó a regir el 1° de marzo de dicho año, el término de caducidad era de dos años, término que comenzaba a contarse a partir de la fecha indicada. En consecuencia , cuando se presentó la demanda no se habia vencido el término anotado y, por lo mismo, no puede hablarse de la ocurrencia de la prescripción ni de la caducidad en el presente caso". (Fol. 462).

En cuanto a la petición anticipada, la señora Fiscal razona en los siguientes términos:

"Esta claro que el contrato 036 entre el IDEMA y la parte demandante se realizó bajo la vigencia del Decreto 150 de 1976.

"Pero está igualmente claro que entre las cláusulas del contrato, más concretamente en la cláusula séptima, que establece la forma de pago, en el literal c) se lee: "El saldo del valor del transporte marítimo se pagará en dolares, una vez se efectúe la liquidación del contrato y ésta sea aprobada por la oficina de Cambios del Banco de la República teniendo en cuenta para ello las demoras, premios, lo girado en moneda colombiana para atender los gastos portuarios y otros gastos que se ocasionen en este contrato. Para tal evento, se abrirá carta de crédito irrevocable y confirmada, pagadera a la vista contra presentación de la cuenta de cobro y copia de la liquidación final del contrato, debidamente firmado por IDEMA y por el CONTRATISTA".

"Como consecuencia de lo anterior, para la Fiscalía es claro que las partes contratantes pactaron la liquidación del contrato en la forma y con las formalidades que allí aparecen y que se transcribieron en el parágrafo anterior.

"Así las cosas mientras no se haga la anterior liquidación no puede establecerse el incumplimiento del contrato en cuanto al pago que se solicita en la demanda y los perjuicios alegados.

"En este orden de ideas para la Fiscalía sí existe una petición anticipada porque mientras no se de cumplimiento al contrato en su claúsula séptima no hay bases para hacer un análisis de fondo". (Fol 463).

Concluye la vista Fiscal que el Consejo de Estado "debe inhibirse para conocer del fondo del negocio".

Mediante memorial que obra a folios 465 y 466 el apoderado de la actora se refiere al recurso de apelación adhesiva de la parte demandada y sostiene que "siendo las dos peticiones del recurso principales e incompatibles, debe entenderse que, en tal virtud, debe operar plenamente el principio de la reformatio in pejus" en beneficio del demandante, lo cual significa que no podrán declararse probadas las excepciones de caducidad y prescripción, pues éstas fueron rechazadas en el fallo de primera instancia".

Reitera, además, la solicitud que había formulado para la realización de audiencia pública, cuya celebración dispuso la Sala para el 29 de julio de1991, fecha ésta en la que a continuación se relacionan y cuyos resúmenes se encuentran a los folios 468 a 494.

8°.- La audiencia pública

a) En su intervención el apoderado de Halkedis Costalas And Wiemken Inc., hizo una presentación general de sus pretensiones y a continuación se refirió a las excepciones propuestas, en los términos que la Sala sintetiza así:

Con relación a la excepción de caducidad recordó que la jurisprudencia de la Corporación ha sido reiterativa en el sentido de que hasta la expedición del Decreto 01 de 1984, "las acciones contractuales instauradas ante la jurisdicción Contencioso Administrativa estaban sometidas a prescripción, de acuerdo con las normas del Código Civil, y no a caducidad". Como el Decreto 01 de 1984 consagró, por primera vez, un lapso de caducidad de dos años, para las acciones derivadas de contratros administrativos, el Consejo de Estado precisó que dicho estatuto no podía tener efectos retroactivos pero sí inmediatos, de tal forma que las diferencias anteriores al aludido decreto tendrán un plazo de dos años a partir de sus expedición (1° de marzo de 1984) para plantearles ante esta jurisdicción.

Como en este caso la demanda se presentó el 9 de agosto de 1985, resulta claro que no alcanzó a transcurrir el término de dos años para configurar la caduciad.

Al referirse a la prescripción, aclara el apoderado de la demandante, que ésta, a diferencia de la caducidad, es susceptible de interrupción. Alude a las prescriciones "normales" o de largo plazo (artículo 2539 del C.C.) y a las de "corto tiempo", consagradas en los artículos 2542 a 2544 del mismo ordenamiento. A su criterio, se presentaron "varias y sucesivas interrupciones del término prescriptivo del contrato de transporte, de manera que nunca la prescripción llegó a concretarse, cualquiera que sea el régimen de prescripción que se aplique".

En el régimen "normal" de interrupción de la prescripción, esta puede ser civil o natural, presentándose esta última cuando el deudor tácita o expresamente reconoce la existencia de la obligación. El efecto de tal interrupción "consiste en la pérdida de la obligación. El efecto de tal interrupción "consiste en la pérdida de tiempo transcurrido, por lo que un nuevo lapso prescriptivo de igual duración que el anterior empieza a correr otra vez".

Afirma que en este caso se dieron varias interrupciones de la prescripción derivadas de la liquidación del contrato de transporte que hizo el Idema, con reconocimiento de saldos en favor del contratista y a cargo del Instituto. La fecha de esa liquidación fue de agosto de 1979. Con poterioridad, en 1980 y 1981, el Idema ofició a la demandante haciendo referencia a sus liquidaciones "todo lo cual pone de manifiesto que con ello reconocía en forma expresa y escrita la existencia de obligaciones a su cargo, con lo cual con cada una de estas comunicaciones interrumpió el término de la prescripción". De igual manera afirma que en las Actas de Junta Directiva del Idema en 1981, se reconocía la existencia de tales obligaciones.

Agrega también que entre las partes "se llevaron a cabo negociaciones en tres períodos distintos durante los cuales el IDEMA ofreció siempre pagar". Estos períodos entre octubre y noviembre de 1980 el primero; entre julio y septiembre de 1981 el segundo; y, el tercero, que va desde comienzos de 1982 hasta "por lo menos septiembre de 1983". En los dos primeros actuó como vocero de Halkedis Costalas and Wiemken Inc., el abogado Hernán Manrique y "en el último período el vocero de la demandante fue el doctor Carlos Lleras de la Fuente... quien manifestó que había llevado a cabo negociaciones con asesores y funcionarios del IDEMA quienes siempre habían ofrecido pagar el saldo resultante...". Aludió asímismo a las particulares condiciones del abogado Lleras de la Fuente al intervenir como testigo, no obstante el interés que personalmente tenía en las resultas del proceso. Alude a un pronunciamietno de la Sala Civil de la Corte, respecto de la apreciación de testimonios de parientes en casos de familia, aparentemente tildados de sospechosos, los cuales no deben rechazarse automáticamente, sino que merecen un estudio cuidadoso. Concluye que "habiendo ocurrido la última interrupción del término prescriptivo en septiembre de 1983, es claro que marzo de 1984, fecha en que empezó a regir el Decreto 01, las acciones de HALKEDIS COSTALAS AND WIEMKEN INC. no estaban prescritas, de manera que a partir de dicha fecha contaba con dos años para presentar la demanda, lo que realizó en agosto de 1985".

Sostiene el señor apoderado de la actora, que lo anterior sería aplicable si la prescripción fuera "normal", pero como la prescripción del contrato del Tranporte no es "normal" o de largo tiempo, sino la de corto tiempo cuya interrupción procede, según el artículo 2544 del C.C., siempre que el señor deudor reconozca de manera expresa y escrita la existencia de las obligaciones a su cargo, luego no produce aquí el reconocimiento tácito. Cuando se produce la interrupción de la prescripción de corto tiempo, "se presenta un cambio de naturaleza en la prescripción, pues a la prescripción de corto tiempo la sustituye la prescripción de 20 años, si se trata de acción ordinaria, tal como lo expresa claramente el último inciso del artículo 2544". Agrega que las acciones derivadas del contrato de transporte se

someten a la prescripción de corto tiempo por mandato del artículo 2543 del Código Civil, al identificar a los "acarreadores" con el que "se encarga de transportar", a que se refiere el artículo 2070 del mismo ordenamiento. En tales condiciones, interrumpido el término original de dos años, "comienza a correr una nueva prescripción, en este caso de 20 años? Como el Idema hizo liquidaciones del viaje con saldos favorables al contratista, tal reconocimiento expreso y escrito interrumpió la prescripción, "la que en consecuencia no se había consolidado en el momento en que entró a regir el Decreto 01 de 1984".

Con referencia al recurso de apelación adhesiva sostiene la parte actora, que no puede haber esta clase de apelación cuando simultaneamente se está conforme con la "petición anticipada" deducida por el Tribunal y se alegan las excepciones de prescripción y caducidad propuestas oportunamente por el establecimiento demandado. Por tanto, si no existe apelación del IDEMA, "deberá observarse el principio de la Reformatio in pejus y por ende no podrá declararse la excepción de prescripción ni la de caducidad, pues estas fueron expresamente rechazadas por el Tribunal administrativo del Valle del Cauca".

Acerca de la excepción de petición anticipada, por falta de liquidación del contrato, aduce la actora que como en el contrato de transporte no procede la liquidación unilateral, que además no la previó el Decreto 150 de 1976, resulta forzoso concluir que la única liquidación posible era una conjunta o de común acuerdo, pero no impuesta por el IDEMA. Lo mismo deduce de la claúsula 7a del contrato, "la que señala, como requisito para el pago de la carta de crédito que había de abrir el IDEMA para pagar el salde del transporte, la presentación de la liquidación firmada por ambas partes". En razón a que no se pudo lograr la liquidación de mutuo acuerdo resulta lógico y justo que el Contratista acuda directamente ante la administración de justicia para que sea esta la que le reconozca sus derechos.

Sobre los aspectos de fondo, resalta que se demanda el pago de US$45.190.96 por demoras en el puerto de cargue, o sea, por haberse utilizado un tiempo mayor al cenvenido contractualmente. La diferencia de US$ 25.000 equivale al costo de cinco dias de acuerdo con la cláusula novena del negocio. Para la demandante el tiempo de cargue comenzó a correr el 21 de marzo a las 7:00 horas; para la demandada ese término se inició el 27 de marzo a las 7:00 horas. Estima el exponente que el riesgo de la demora le corresponde asumirlo al Idema y se apoya en el artículo 1662 del Código de Comercio y en la cláusula 8a. del contrato, según la cual el tiempo libre se empieza a contar, una vez presentada la Noticia de Alistamiento, a partir del dia siguiente hábil "haya o no atracado el buque". La marejada que obligó el cierre del puerto es fortuita y debe asumirla el Idema, pues por encontrarse cerrado, las autoridades portuarias de Necochea retrasaron la visita al buque y la expedición del certificado sanitario. Considera que la demora en la obtención del certificado no se debió a problemas sanitarios del buque sino a la marejada y, ese riesgo la correspondía asumirlo al Instituto.

Al referirse a la otra pretensión de la demanda, o sea, el pago de los gastos extraordinarios en que incurrió el contratista por la utilización de varios muelles adicionales a los contractuales pactados, cuyo valor lo estima en US$20.880.26 y el Idema lo calculó en US$17.508.80, sostiene que solo sae reclama el reembolso de los gastos adicionales por movimientos portuarios, ordenados por la Junta Nacional de Gramos de Argentina.

Con respecto al reconocimiento de intereses comerciales sobre las sumas adecuadas, cuyo valor de cancelación estuvo siempre en poder del Idema y le produjo algún rendimiento económico, estima que es una justa petición. Aduce como ejemplo el artículo 1661 del Código de Comercio, según el cual las demoras del fletador se computan por horas y se pagan día por día. Por tanto, desde cuando finalizó el descargue, el 12 de abril de 1979, se deben reconocer intereses. En cuanto a la tasa de interés, considera el recurrente que todas las sumas que el Idema salga a deber, se liquiden con un interés del libor o del prime + 1% para cuya liquidación sugiere una condena in genere señalando la base para la liquidación de los réditos correspondientes. Culminó su intervención el procurador judicial de la actora, remitiéndose a los argumentos planteados en su escrito de alegación de primera instancia, a los comentados en su escrito de alegación de primera instancia, a los comentarios doctrinales y decisiones jurisprudenciales tanto nacionales como extranjeros consignados y anexados con el escrito referido.

b) Por su parte el señor apoderado del Instituto de Mercadeo Agropecuario, hizo los siguientes planteamientos en la diligencia de audiencia pública:

Advierte en primer término, que la apelación adhesiva tiene por finalidad, sin perjuicio de la absolución del fallo recurrido, se reexamine y acoja la excepción de prescripción. De igual manera, estima que de acuerdo con la cláusula séptima del contrato procedía, antes de desmandar el incumplimiento de las obligaciones del Idema, efectuar previamente la liquidación del contrato, y no como efectivamente se hizo desconociendo la lógica, la ley y la estipulación contractual que imponían tal proceder.

Con referencia a los puntos de reclamación sobre los cuales gira la demanda, es decir, la demora en la operación de cargue y los sobrecostos por la utilización de más de un muelle, el exponente consideró que si bien es cierto el 20 de marzo de1979 a las 11 horas, el transportador presentó la nota de alistamiento, en esos momentos el puerto se encontraba cerrado por una marejada que obligó al buque a permanecer fondeado fuera hasta el 26, cuando sometido, a las 11:45, a la inspección de las autoridades locales, la que concluyó a las 15:45, motivo por el cual el tiempo libre para el cargue, de acuerdo con el contrato, sólo comenzó el 27 de marzo a las 7:00 horas. Así concluye con respaldo en la cláusula octava el contrato, según la cual la nota de alistamiento del buque debe presentarse "en días hábiles antes de las 4:00 p.m.... y el tiempo libre empezará a contarse a partir de las 7:00 a.m. del dia siguiente hábil, haya o no atracado el buque, entendiendose que la nave debe haber cumplido todos los requisitos exigidos por las autoridades portuarias (aduana, sanidad portuaria, etc) Firmada y aceptada la Nota de

Alistamiento por el proveedor del producto, se procederá al cargue...". Así, pues, no es suficiente la sola manifestación del naviero de que el barco está listo, sino que se requiere que las autoridades competentes comprueben que todo está en regla para que se proceda a la operación de cargue. En relación con el sobrecosto por la utilización adicional de dos muelles, el Idema replica que en la demanda no se pretende el pago por el uso de esos dos muelles, sino por cuatro , duplicación que carece de justificación, de donde se infiere el cumplimiento del contrato por parte del Idema y su sujeción al mismo, por lo que resulta infundada y temeraria la acusación por incumplimiento al no pagar los valores injustamente pretendidos por la demandante.

Respecto del incumplimiento por mora, sostiene el apoderado del Idema que esta no se presenta sino luego de fenecida la oportunidad contractual o legal para cumplir. Como según el contrato, para la cancelación del saldo pendiente, se debía utilizar una carta de crédito y una vez se efectúe la liquidación final" y contra presentación de "copia de la liquidación final del contrato, firmada por el Idema y por el Contratista", en vista de que no se dió dicha liquidación no es concebible la mora alegada. Afirma que "por la conducta reticente, sinuosa, elusiva y soberbia de la contratista y su apoderado, nunca llegó a practicarse la liquidación final del contrato, prevenida contractualmente como presupuesto ineludible para la exigibilidad de las obligaciones y para su pago".

Al referirse a la excepción de petición anticipada que el Tribunal declaró probada con respaldo en el Decreto 222 de 1983 cuya inaplicabilidad aduce la demandante, razona el apoderado de la actora en que bien pudo el Tribunal entender que la liquidación de un contrato es un trámite, un procedimiento, cuyas normas reguladas son de caracter procesal y por lo mismo de vigencia inmediata, de acuerdo con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887. Agrega que no solo por disposición legal o contractual, sino por sentido común, antes de reclamar responsabilidad por mora se debe liquidar definitivamente el contrato respectivo.

En torno a la excepción de prescripción estima que se debe examinar si en el caso estudiado opera y se consumó "la prescripción bienal extintiva de la acción demandada del contrato de transporte, prevista por el art. 993 del c. de comercio", cuya aplicación al contrato 036 es indubitable "porque la disciplina de los contratos de derecho privado en los códigos correspondientes: civil y de comercio no fue eliminada por el Decreto 01 de 1984, como erradamente lo sostiene el Tribunal...", y porque al entrar a regir este ordenamiento ya se había consumado la prescripción por el transcurso de los dos años del término respectivo.

Expone que en el ordenamiento civil se regula la interrupción y renuncia de la prescripción, sus causas, trámite y efectos. Se da un bloque conformado por la prescripción común del artículo 2536 de 10 años para la acción ejecutiva y 20 años para la ordinaria. Otro grupo lo conforman las "acciones que prescriben en corto tiempo", el cual contiene dos categorias distintas, con una nota común (corren contra todo individuo y no admiten suspensión), a más de rasgos diferentes y distintas maneras de presentarse la interrupción. En el artículo 2542 se establece

una prescripción de tres años para los gastos judiciales y honorarios de profesionales, docentes de colegios y escuelas, y en términos generales para quienes ejercen profesiones laborales. En el artículo 2543 se establecen dos años para la prescripción de la acción de mercaderes, proveedores y artesanos por el precio de los artículos que despachan al menudeo; de la acción de los dependientes y criados por sus salarios; y la de toda clase de personas por el precio de servicios que se prestan periódica o accidentalmente como posaderos, *acarreadores*, mensajeros, etc. A su vez, el artículo 2544 consagra que "Las prescripciones mencionadas en los dos artículos anteriores, corren contra toda clase de personas y no admiten suspensión alguna. Interrúmpese: 1°. Desde que interviene pagaré u obligación escrita, o concesión de plazo por el acreedor 2o. Desde que internen requerimiento. En ambos casos sucede a la prescripción de corto tiempo la del artículo 2536", de donde encuentra claro que la interrupción simplificada y sustitución del tiempo consagrado en el artículo 2536 solo es aplicable a las situaciones de los artículos 2542 y 2543, más nó a las del artículo 2545 que establece: "las prescriciones de corto tiempo a que están sujetas las acciones especiales que nacen de ciertos actos o contratos se mencionan en los títulos respectivos y corren también contra toda persona; salvo que expresamente se establezca otra regla".

Considera que la parte demandante ha querido identificar el término acarreador como si se tratara de transportador, para que se incluya entre las personas relacionadas en el artículo 2543 y entonces aplicarle lo dispuesto en el artículo 2544. Se apoya en el concepto o significado que tal vocablo tiene en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua.

Encuentra el expositor que el rasgo distintivo de las acciones gobernadas por el artículo 2545 es el de "estar mencionadas en los títulos respectivos", y precisamente en sustitución del "arrendamiento de transporte" del código civil (Capítulo 2° del titulo 26 del Libro 4°) viene el código de comercio, para disponer que "Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial..." (art. 1°) y que "Son mercantiles para todos los efectos legales... 11°). Las empresas de transporte de personas o de cosas, a título oneroso, cualesquiera que fueren la vía y el medio utilizados...", en el Título IV del libro 4° regula íntegramente el contrato de transporte y en el Libro 5° "La Navegación". Así pues el contrato de transporte adquirió plena autonomía y el legislador señaló una prescripción de corto tiempo, especial, que lo ubica bajo el régimen del artículo 2545 C.C. Consideró inadmisible también asimilar el "acarreador" que percibía un precio por sus servicios personales, al empresario público de transporte, al naviero internacional.

Complementó su intervención con cita de la sentencia de la Sala Civil de la Corte, proceso de Alfred Steckel contra la Flota Mercante Grancolombiana, en donde se hicieron precisiones acerca de la prescripción y su interrupción, sobre las cuales, la Sala más adelante hará la observaciones pertinentes, pero que a la parte demandada le permitieron concluir que la prescripción a que están sometidas las acciones que surgen del contrato de transporte no encuadran en las previsiones del artículo 2543 y sí entran en la previsión del 2544 c.c., y que interrumpida o

renunciada la prescripción del contrato de transporte, se reinicia la cuenta del término de dos años del artículo 993 del c. de co., nó la de veinte años de la acción ordinaria.

Al referirse a la interrupción planteada por las "negociaciones" con el doctor Lleras de la Fuente, en forma categórica niega la existencia de esas negociaciones, porque el mencionado abogado en sus entrevistas con el Idema o con sus asesores, nunca fue como negociador, sino en busca de información y por encargo de un colega y amigo suyo de Nueva York, abogado de Halkedis. Las entrevistas se limitaron a sumunistrarle una completa información sobre el desarrollo del problema a través de las distintas personas que a nombre de la demandante habían pretendido solucionar el asunto. Mal podía presentarse como negociador en nombre de la actora, cuando se conocía que su hermano Fernando Lleras de la Fuente era mienbro de la Junta Directiva del Idema, lo cual constituía una incompatibilidad moral y legal en la que nunca incurrió. Al referirse a la declaración del abogado Lleras de la Fuente, insiste en la desestimación de la misma, por cuanto no es admisible que pueda "asumir simultáneamente tres posturas diversas o vestir a la vez trajes incompatibles entre sí: testigo excepcional e insospechable, parte interesada en el proceso, y detentador exclusivo de la ética y la verdad". Afirma que la manifestación del interés económico del aludido testigo no purgó a su declaración de la inhabilidad denunciada, porque aquél no desaparece por virtud de confesarlo, "máxime si se tiene en cuenta que el interesado podría con su "testimonio" determinar el resultado del pleito".

Por último en cuanto a la interrupción natural de la prescripción por reconocimiento tácito o expreso del deudor, considera el apoderado de la demanda que en este caso no hay reconocimiento expreso distinto del envío de la liquidación provisional el 21 de agosto de 1979 y su relación en juiio de 1981, fecha ésta en la que se habría reiniciado el término de prescripción de dos años, y que la última comunicación del Idema a la demandante se produjo el 17 de septiembre de 1981 sin que contenga ningún reconocimiento. Por consiguiente, entre estas fechas y la presentación de la demanda, transcurrió un lapso superior al término prescriptivo. No hubo pues ningún reconocimiento posterior tácito o expreso, pero sí, en cambio, reiteradamente se alegó la prescipción. Concluyó su intervención oponiéndose a la prosperidad de la demanda y solicitando analizar la apelación adhesiva, para considerar la excepción de prescripción y declararla probada. Si se entrara a pronunciarse sobre el fondo del asunto, se deben rechazar las pretensiones por carencia de fundamentación, sin olvido de la condena en costas en ambas instancias.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1a) La apelación adhesiva. Reformatio in pejus.-

Se refiere la Sala en primer término a la apelación adhesiva de la parte demandada, cuya finalidad es la de obtener la declaratoria de prescripción y de caducidad de la acción y, en subsidio que se confirme la providencia apelada. El apoderado del demandante sostiene que las solicitudes se repelen, por cuanto la

petición sañala que fue prematura, en tanto que la caducidad y la prescripción aluden a un accionar extemporáneo y vencido. En tales condiciones, al no existir apelación del Idema "deberá observarse el principio de la *Reformatio in pejus* y por ende no podrá declararse la excepción de prescripción ni la de caducidad...", por que éstas fueron rechazadas en el fallo de primera instancia.

Considera la Sala que dada la naturaleza de todo recurso, quien lo propone siempre busca que se examine nuevamente el contenido de la decisión que afecte sus intereses. Este mismo sentido lo mantiene la apelación adhesiva frente a lo desfavorable de la respectiva providencia. Así pues, si el apoderado del Idema consideró que la decisión del a quo no le era favorable, o, por lo menos, no satisfacía sus plantemientos defensivos basados en la caducidad o prescripción de la acción, le cabía pleno derecho para adherir en apelación, sin que por ello estuviera obligado a impetrar la revocatoria del fallo que de alguna manera lo beneficiaba. De otra parte, ninguna objeción de carácter formal se le hace al aludido recurso, por cuanto como parte, resulta evidente su legitimación; es igualmente ostensible de apelación y, se interpuso oportunamente, es decir, antes del vencimiento de término para alegar en la segunda instancia, conforme lo consagra el artículo 353 del C. de P.C., aplicable al proceso contencioso administrativo.

Estima la Sala que si bien el principio de la Reformatio in pejus, mencionado por la parte actora para que se aplique en este caso y no haya pronunciamiento sobre las excepciones de prescripción y caducidad, rige en nuestro sistema procesal, en el subjudice no hay lugar a su aplicación en virtud de la apelación adhesiva, la cual neutraliza el rigor de tal principio, para que pueda examinar sin limitaciones la providencia recurrida. "La adhesión tiene precisamente por finalidad ampliar el campo del conocimiento de la causa y decisión del juez ad-quem, incorporando al debate de segunda instancia todas aquellas cuestiones que por el dispositivo de la sentencia sean gravosas por acción y omisión, para la parte adherente, y sin cuya denuncia mediante la adhesión el juez no podría decidirlas de oficio, empeorando con ello la condición del apelante...", según cita que de Luis Loreto hace la Corte en sentencia del 26 de agosto de 1976. Así pues, en virtud del recurso adhesivo la Sala como fallador de segunda instancia, no mantiene limitada su labor revisoria de todos los aspectos del proceso que afecten los intereses de las partes. Este por lo demás ha sido el criterio de nuestra doctrina y también de una gran mayoría de autores extranjeros, entre estos el procesalista argentino Adolfo Armando Rivas, quien en su obra "Tratado de los Recursos ordinarios y El Proceso en las instancias Superiores", hace las siguientes observaciones, de recibo en el caso estudiado:

> "El tema tiene sus aristas, ya que si bien la observación del maestro rosarino es exacta, es factible que dentro de una misma temática los agravios que ella genere puedan ser distintos según el interés de cada litigante; así por ejemplo, si la condena estableció costas por su orden y ello motivó el recurso del actor para que se las impongan a su contraria, ésta podría pretender en la adhesión que se carguen a la demandante. Vistas de este modo las cosas, cuando la apelación del adversario abre, para un litigante, las puertas de intentar mejorar su situación por vía de la adhesión, cabrían dos soluciones: o puede recurrir

por todo aquello que le cause agravio, o puede hacerlo solamente por lo que también se lo provoque, pero dentro del campo abarcado por el recurso de la contraparte. Si puede adherir no obstante haber consentido el fallo, no se ve razón - salvo estipulación legal en contrario- que impida que, superando la acepción inicial del resultado que le afecte, pueda apelar por aspectos no comprendidos en los agravios de su contraria. Si no fuese así, no tendría sentido real correr traslado de la expresión de agravios del adherente, ya que el apelante originario habrá vertido en los propios la argumentación con la que puede contestar el recurso del anterior".

De lo expresado concluye la Sala que el principio de la reformatio in pejus, alegado por el apoderado de la actora, no tiene aplicación en el asunto bajo estudio, por cuanto no es la única recurrente, sino que el ente demandado también apeló y, por consecuencia, al fallador de segunda instancia le quedó ampliamente abierta la posibilidad de fallas sobre todo el proceso, sin la limitación que inicialmente consagra el artículo 357 del C. de P.C. En este orden de ideas, se podrá ocupar la Sala de analizar la totalidad del contenido del proceso, sin atender limitaciones de ninguna naturaleza. Esta conclusión se complementa, para el caso de las excepciones de caducidad y prescripción, con lo dispuesto en el artículo 164 del C.C.A., en cuanto prescribe:

"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'*.

En el mismo orden de ideas, resulta pertinente, reiterar lo dicho por la Sala, en providencia de 27 de septiembre de 1990, con ponencia del Consejero Julio César Uribe Acosta, con respecto a los efectos de la apelación o consulta de fallos que afecten a la administración.

"D) La Sala no hace suya la perspectiva jurídica que maneja el apoderado de la parte actora, en su alegato de conclusión, cuando predica que siendo el apelante el Ministerio Público, el *ad-quem* sólo puede ocuparse de los motivos de inconformidad que éste planteó al sustentar el recurso. Y no la patrocina, porque la entidad pública no puede restringir la apelación, y si lo hace, el *ad-quem* no podrá tener en cuenta esa circunstancia, porque en todo lo desfavorable para ella se entiende que el asunto, así haya sido apelado por

ésta, también viene al superior en grado de consulta. Si la Administración pudiera apelar, con restricciones, estaría desconociendo el mandato legal de la consulta y su alcance, y resultaría para ella más gravoso recurrir que dejar que la providencia se consultara, lo cual no se conforma con la lógica de lo razonable.

"En otras palabras: *en el proceso contencioso administrativo la apelación hecha por la entidad pública tendrá, en todos los casos, idéntica extensión a la consulta: que el superior revise, sin limitación alguna, todo lo que es desfavorable a dicha entidad*". (Subrayas fuera del texto).

2a) Las excepciones propuestas.

Establecida la posibilidad jurídicoprocesal que tiene la Sala para pronunciarse sin ningún tipo de restricción, procede a continuación a estudiar las excepciones de petición anticipada que declaró probada el Tribunal y las de prescripción extintiva de pretensión y caducidad de la acción administrativa, propuesta por la parte demandada.

a) La petición anticipada.

Con respecto a la "petición anticipada" que el a-quo declaró probada en el fallo objeto del presente recurso, considera la Sala que la misma no se configuró y, por consiguiente, procede su revocatoria. En efecto: el a-quo echa de menos la liquidación del contrato, como pre-requisito para poder accionar jurisdiccionalmente. Ocurre sinembargo que el contrato 039 de 1979 no es de aquellos que imponga su liquidación, por lo siguiente: según consta en el documento respectivo, este fue suscrito el 15 de marzo de 1979, época para la cual regía el Decreto 150 de 1976, en cuya vigencia igualmente se ejecutó el tranporte, por lo que la normatividad del Decreto 222 de 1983 era inaplicable, al tenor del artículo 38 de la Ley 153 de 1887, según el cual "en todo contrato se tienen incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración". Conforme al capítulo XI del estatuto contractual de 1976, referente a la liquidación de los contratos administrativos, se puede concluir con seguridad que en sus distintas disposiciones no se consagra el procedimiento liquidatorio cuya presencia extraña el fallo apelado y que lo infiere del Decreto 222 de 1983.

Le asiste razón al apoderado de la parte actora cuando censura la decisión del Tribunal al exigir previamente a la presentación de la demanda la respectiva liquidación. Así lo entiende la Sala por cuanto en el Decreto 150 de 1976 no se consagraba este tipo de contrato la liquidación, entendida como el trámite o diligenciamiento especial, aplicable solo en los casos a que alude el artículo 191 del estatuto contractual mencionado.

De otra parte, a diferencia del Decreto 222 de 1983, ordenamiento en que equivocamente fundamentó el Tribunal la providencia recurrida, en el Decreto 150 de 1976 no se consagraba en favor de la administración el poder efectuar

inilateralmente la liquidación, de modo, pués, que resulta permisible entender que para aquellos contratos en cuyo corte de saldos requiere de especiales formalidades, por su naturaleza y características, lo razonable es que entre las partes se produzca un acuerdo, un convenio que armonice y concrete las obligaciones y derechos de cada una, sin que haya lugar a la imposición unilateral del querer de uno de los contratantes, la administración. Empero si no logra este consenso y las diferencias contractuales persisten, les asiste a aquellos pleno derecho para procurar la solución de sus divergencias mediante el ejercicio de las acciones judiciales pertinentes, sin necesidad de haber agotado trámite o procedimiento alguno a manera de actuación perjudicial que la ley no exige.

Considera además la Sala que al haberse extinguido el contrato de transporte con el traslado de la mercancia y su entrega al Idema, sin que entre el instituto y la firma contratista se hubiere establecido un arreglo liquidatorio y dado que no procedía finiquitarse unilateralmente el contrato por parte del Idema, antes que despachar el conflicto por la vía de "la petición anticipada", lo procedente era que el fallador de primera instancia hubiese liquidado el contrato, pues, como juez del mismo, el Tribunal Administrativo del Valle tenía plena competencia para hacerlo. Con acierto argumenta el accionante que "no sería lógico que si las partes no llegaren a acuerdo en cuanto a la liquidación, el contratista afectado deba esperar indefinidamente a persuadir al otro para un mutuo acuerdo". Razonar en sentido diferente implicaría desconocer que los contratos se celebran para cumplirse y que al darse el incumplimiento la parte cumplida adquiere el derecho de provocar a la jurisdicción para que por sus órganos defina las diferencias y liquide las cargas y beneficios contractuales.

De las anteriores apreciaciones deduce la Sala que no había lugar a declarar probada "la petición anticipada", decisión ésta que habrá de revocarse, pués contituye un típico *non liquet* o decisión inhibitoria.

b) Caducidad de la acción

Con relación a esta excepción formulada con arreglo a lo dispuesto por el artículo 136, inciso 7°, del C.C.A., porque la demandada no se presentó ante el Tribunal competente y cuando llegó al que sí lo era, ya habían transcurrido dos años contados a partir de la vigencia de tal ordenamiento, se hacen las siguientes observaciones:

Como se afirmó en procedencia del 25 de octubre de 1991, en el proceso N° 6103, de Sociedad Colombiana de Construcciones "Sococo S.A.", con ponencia del Consejero Daniel Suárez Hernández, al referirse a dicha excepción: "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 7° del artículo 136, se estableció el fenómeno de la caducidad para las acciones derivadas del contrato administrativo en dos años, contados 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; demandas 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. 7° del C.C.A., por cuanto esta disposición de naturaleza eminente 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 tuviere lugar del 1 de marzo de 1984 en adelante, sus acciones se verán indefectiblemente gobernadas por el referido fenómeno de la caducidad.

"...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 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 este debate, o sea, al de la caducidad".

El anterior criterio de la caducidad respecto de ocurrencias anteriores al Decreto 01 de 1984, pero demandadas con posterioridad a su vigencia, si bien reiteradamente lo sostuvo la Sección Tercera, se modificó por la Sala Plena de la Corporación, en providencia del 8 de noviembre de 1991, al resolver el recurso extraordinario de súplica de Jesús María Giraldo, expediente S-139, con ponencia del Consejero Yesid Rojas Serrano, en donde a consecuencia de un proceso de reparación directa por hechos acontecidos antes de la expedición del Decreto 01 de 1984, pero habiéndose demandado con posterioridad a los dos años, con fundamento en la aplicación inmediata de la ley y su efecto hacia el futuro que caracteriza a las normas procesales. Sostuvo la Sala Plena, que el término de caducidad de dos años para el ejercicio de la acción de reparación directa "*opera solamente para el futuro y es aplicable únicamente para la caducidad de las acciones originadas en hechos ocurridos después de marzo de 1984,* iniciación de la vigencia del citado código; mientras que el plazo de los tres años contemplado en el artículo 28 del Decreto 528 de 1964 rige para las acciones indemnizatorias derivadas de acontecimientos anteriores.

"Como quiera que los hechos de que trata el asunto planteado ocurrieron el 20 de agosto de 1983 (antes del 1 de marzo de 1984), lógico es concluir que la situación con ellos creada, está gobernada por el artículo 28 ya citado".

Dimana de la anterior jurisprudencia una situación y un enfoque diferentes con respecto al fenómeno de la caducidad para casos como el que se analiza, es decir, en los que se contravinieron materias contractuales ocurridas con anterioridad a la vigencia del Decreto 01 de 1984, cuya regulación legal y procesal deberá ceñirse a la normatividad vigente con anterioridad al 1° de marzo de 1984, cuando legalmente no estaba consagrado para este tipo de negocios el régimen de caducidad de la acción, el que, por lo mismo, resulta inoponible como medio defensivo en estas diligencias. De otra parte, aún en el hipotético caso de que se pudiera aplicar al sub-judice con la excepción de caducidad de la acción el término habría vencido el 1 de marzo de 1986 cuando se cumplían dos años a partir de la vigencia del Decreto 01 de 1984. Por tanto, si la demanda se presentó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 9 de agosto de 1985 y se recibió el 18 de diciembre del mismo año en el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, resulta claro que en ambas fechas, la aducción del libelo demandatorio era oportuna. No hay, pues, lugar a declarar probada la excepción de caducidad de la acción insistentemente alegada por la parte demandada.

c) Excepción de prescripción de las pretensiones.

Se procede ahora al examen de la otra excepción, esto es, la de prescripción de la pretensiones. Con miras a aclarar algunos conceptos de utilidad para la decisión que se tome en este proceso, encuentra conveniente la Sala, reiterar las siguientes precisiones consignadas en el fallo del 25 de octubre de 1991, antes mencionado:

a. Desde la celebre 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 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 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; 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 por el juez, bien rechazando desde el comienzo de la actuación procesal de 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 hubiera consolidado o tipificado, por ser institución de derecho privado y de interés particular. (Arts. 15, 16, 2515 del C.C.).

"4) La caducidad está regida por normas de derecho impérativo, 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 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 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 prescipción, en algunas circunstancias, no corre con respecto a ciertas personas, habida consideración de su calidad o de su incapacidad".

Se propone la prescripción extintiva del derecho controvertido, consagrada en el artículo 993 del Código de Comercio, que establece:

> Las acciones provenientes del contrato de transporte prescriben en dos años. "La prescripción empezará a correr desde la fecha en que el pasajero emprenda el viaje o desde que el remitente entrega la carga al tranportador.
>
> "Pero si tal fecha no se ha sido señalada en el contrato o es incierta, la prescripción correrá desde la fecha del contrato".

Para la parte accionante el fenómeno prescriptivo nunca se concretó por cuanto fueron varias las interrupciones del término de prescripción. Estima la Sala necesario para efectos de determinar si hay o nó lugar a la declaratoria de prescripción, establecer previamente si se acreditaron legal y oportunamente las condiciones de hecho requeridad para su configuración.

Observa la Sala que el contrato de transporte de cosas y pasajeros, se encuentra regulado por el Código de Comercio y sus normas se aplican cuando el contrato es de índole mercantil. Cuando se trata de un acto civil, su regulación es diferente. Para distinguir uno de otro, se debe tomar en cuenta si una de las partes es comerciante y en tal condición celebra el contrato, éste debe regirse por las disposiciones mercantiles, de acuerdo con el artículo 22 del estuto comercial. Para el caso de que ninguno de los contratantes sea comerciante, el negocio deberá manejarse por las leyes civiles. Así mismo cabe advertir que los conflictos de interpretación en los contratos de transporte, deberán resolverse con aplicación de los principios consagrados en los artículos 981 y siguientes del Código de Comercio, por remisión que a ellos hace el artículo 999 del mismo ordenamiento. Para la solución de las situaciones no complementadas expresamente en la ley comercial, el artículo 822 remite a "los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de estinguirse, anularse o rescindirse, a menos que la ley establezca otra cosa".

Ahora bien, en el ordenamiento civil se encuentran reguladas las figuras de la interrupción y renuncia de la prescripción, así como sus efectos, su tramitación y sus causas. Así, en el artículo 2535 se establece que "la prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos axige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. *Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible*". (Subraya la Sala).

En el artículo 2536, se consagra que la acción ordinaria prescribe por veinte años.

En el mismo estatuto, en el capítulo IV, título 41 del Libro Cuarto, se regulan "ciertas acciones que prescriben en corto tiempo", y en tal sentido las normas de este capítulo establecen:

> "Art, 2542.- "Prescriben en tres años los gastos judiciales enumerados en el título VII, libro I del Código Judicial de la Unión, inclusos los honorarios de los defensores, los de médicos y cirujanos; los de directores o profesores de colegios y escuelas; los de ingenieros y agrimensores, y en general de los que ejercen cualesquiera profesión liberal".
>
> "Art. 2543.- Prescribe en dos años la acción de los mercaderes, proveedores y artesanos, por el precio de los artículos que despachan al menudeo.
>
> "La de los dependientes y criados por sus salarios.
>
> "La de toda clase de personas por el precio de servicios que se prestan periódica o accidentalmente, como posaderos, acarreadores, mensajeros, barberos, etc".

"Art. 2544.- Las prescripciones mencionadas en los dos artículos anteriores, contra toda clase de personas, y no admiten suspensión alguna.
"Interrúmpese:

"1°) Desde que interviene pagaré u obligación escrita, o concesión de plazo por el acreedor;

"2°) Desde que interviene requerimiento.

"En ambos casos sucede a la prescripción de corte tiempo la del 2536".

"Art.2545.- "Las prescripciones de corto tiempo a que estan sujetas las acciones especiales, que nacen de ciertos actos o contratos, se mencionan en los títulos respectivos, y corren también contra toda persona; salvo que expresamente se establezca otra regla".

Sostiene la parte demandante que la interrupción de las prescripciones que se pudieran denominar "normales" puede ser de carácter civil o natural, produciéndose ésta cuando el deudor reconoce expresa o tácitamente la existencia de la obligación. En este tipo de interrupción afirma, el tiempo transcurrido se pierde y empieza a correr entonces un nuevo lapso prescriptivo de igual duración. En cambio, la prescripción del Contrato de Transporte no es de las "normales" o de largo tiempo sino que se encuentra sometida al régimen de las prescripciones de "corto tiempo", cuya interrupción según el artículo 2544 requiere el reconocimiento expreso y escrito por parte del deudor de la existencia de obligaciones a su cargo. No hay entonces reconocimiento tácito. En estos casos, de prescripciones de corto tiempo, la naturaleza de la prescripción cambia, "pues a la prescripción de corto tiempo la sustituye la prescripción de veinte años si se trata de acción ordinaria, tal como lo expresa claramente el último inciso del artículo 2544".

Estima el demandante que las acciones derivadas del contrato de transporte se regulan por la prescripción de corto tiempo en virtud del artículo 2543, en cuanto entre las acciones que prescriben en dos años, se relaciona en esa norma a los "acarreadores". Afirma que según el Diccionario de la Real Academia, acarrear es "transportar de cualquier manera" y que esta misma definición se adoptó en el Código Civil al definir el contrato de arrendamiento de transporte en el que se dice: "El que se encarga de transportar se llama generalmente acarreador, y toma los nombres de arriero, carretero, barquero, *naviero*, según en el modo de hacer el transporte". Como conclusión de lo anterior, sostiene que al interrumpirse el término original de dos años en esa prescripción de corto tiempo, comenzó a correr un nuevo termino prescriptivo, pero aumentado ahora al plazo de la prescripción ordinaria, vale decir veinte años, por cuanto el Idema hizo liquidaciones del viaje que las envió a la firma demandante, con saldos a su favor, constituyendo así el reconocimiento expreso y escrito que originó la interrupción.

No resulta tan clara la argumentación de la parte actora encaminada a ubicar o identificar el contrato del transporte marítimo que originó este proceso, con la

actividad del acarreador relacionado en el artículo 2543 ya mencionado. Ciertamente no es facil asumir como un mismo contrato el denominado "Arrendamiento de Transporte" del Código Civil, con el Contrato de Transporte del estatuto mercantil, o más específicamente con el Contrato de Transporte Marítimo regulado por el mismo ordenamiento. Sus caracteristicas, las partes, los medios utilizados, los adelantos tecnológicos, la naturaleza misma el transporte, entre otros, son factores de diferenciación entre los dos contratos mencionados.

Ahora bien, la distinción se hace más evidente, desde el punto de vista legal. Mientras que el acarreador en los términos del artículo 2060 del Código Civil es el que se encarga de transportar, dentro del estatuto comercial no se consagra dicha actividad, ni se aplica tal denominación a ninguna de las partes del Contrato de Transporte Marítimo. Esa situación conduce a la separación normativa y jurídica de uno y otro contrato, de tal forma que no hay lugar a confundir elementos y principios de la contratación civil con los de la contratación mercantil, salvo que por expresa remisión normativa fuese necesario complementarlos, ocurrencia que no se da en el caso examinado por que la legislación comercial abarca y regula en su integridad este aspecto del contrato de transporte, cuya consagración expresa en las normas del Código Civil es inexistente.

Agréguese a lo anteriormente expresado, que por tratarse de un contrato de transporte con participación de una entidad del Estado y una firma de naturaleza mercantil, dicho contrato se debe regir por el Estatuto de Contratación Administrativa (Decreto 150 de 1976), por las disposiciones de la Ley Comercial, "y los casos *no regulados expresamente en ella* serán decididos por analogía de sus normas", al tenor del artículo 1° del ordenamiento comercial, en concordancia con el artículo 22 segúin el cual si el acto fuere mercantil para una de las partes se debe regir por las normas de legislación comercial. Cabe anotar que el ordinal 11 del artículo 20 del Código de Comercio tiene como mercantiles para todos los efectos legales: "las empresas de transporte de personas o de cosas, a título oneroso, cualesquiera que fueren la vía y el medio utilizados".

Precisamente, en referencia del contrato de arrendamiento de Transporte, el Profesor Hernán Salamanca, anotaba en sus conferencias de clase, publicadas por la Universidad Externado de Colombia en 1963 los siguientes conceptos, válidos para el sustento de esta providencia:

> "En general, son muy contadas las oportunidades de aplicación de este contrato a la luz de las disposiciones de este capítulo del Código Civil porque el *transporte ya sea personal, como empresa pública o privada, transporte de pasajeros o mercancía simple es un acto de comercio, que en tal carácter se gobierna por las disposiciones del Código de Comercio, en consecuencia de lo cual se deja sin efecto esta reglamentación del Código Civil;* mas si se tiene en cuenta lo dispuesto por le artículo 2078, lo que sale del régimen del Código de Comercio cae bajo el gobierno de otras disposiciones especiales". (Subrayas no son del texto).

Precisamente, el artículo 2078 del Código Civil citado por el ilustre Profesor, consagra que "Las reglas anteriores se observarán *sin perjuicio* de las especiales para los mismos objetos, contenidas en las leyes particulares, relativas a cada especie de tráfico y en el Código de Comercio".

Conforme a lo anterior, que continúa vigente frente al Decreto 410 de 1971, se impone concluir que no le cabe razón al demandante en su intención de encuadrar el contrato de transporte marítimo dentro de la legislación civil, para asimilar al acarreador de este último ordenamiento, con el empresario de transporte del estatuto mercantil, cuyas diferencia fácticas y jurídicas ya se resaltaron.

Se complementa esta conclusión con la anotación del artículo 2545 del C.C., en el sentido de que las acciones especiales que nacen de ciertos actos y contratos, se mencionan en los títulos respectivos...", *mención expresa que se contiene en el TITULO IV del libro Cuarto como "Del Contrato de Transporte" y en el libro Quinto "La navegación", ambos del código Mercantil.*

Corolario obligado de lo expuesto es que la prescripción de corto tiempo establecida en el Artículo 993 del estatuto comercial se regula conforme el artículo 2545, sin someterse a la modificación del plazo consagrada en el último inciso del artículo del artículo 2544 del ordenamiento civil, entre otras razones, porque esta norma se refiere a las prescripciones "mencionadas en los dos artículos anteriores" (2542 y 2543), sin alcanzar al,posterior, o sea, el 2545, de donde se concluye que al interrumpirse la prescripción, el nuevo período será de otros dos años, en ningún caso pasará a ser de veinte años, como en la prescripción ordinaria, según lo pretende en sus planteamientos la parte demandante.

Viene a propósito para el caso que se estudia, la precisión jurisprudencia que al respecto hizo la Corte -Sala de Casación Civil-, en providencia del 28 de febrero de 1984, con ponencia del Magistrado José María Esguerra Samper, en el proceso Instaurado por Alfredo Steckerl e Hijos Ltda contra la Flota Mercante Grancolombiana al resolver una controversia originada también en un contrato de transporte marítimo, invocada por el señor apoderado del Idema en el sub judice. En ese proceso la empresa demandada al responder el libelo propuso la excepción de prescripción del artículo 993 del Código de Comercio. Se sostiene en la providencia mencionada que interrumpida la prescripción, el término para que ésta vuelva a correr se inicia nuevamente y por lo mismo la parte deudora podía nuevamente invocarla a su favor. "Es un imposible lógico y jurídico que si una prescripción extintiva ha sido renunciada o interrumpida, de ahí en adelante la obligación se convierte en irredimible, con clara transgresión del mandato constitucional(Art. 37, C.N.)". En los siguientes apartes se consignan los aspectos fundamentales de la sentencia en torno de la interrupción y renuncia de la prescripción, así como sus efectos cuando aquéllas se presentan.

"La prescripción extintiva puede interrumpirse civil o naturalmente, según lo dispone el artículo 2539 del Código Civil. Ocurre lo segundo cuando el deudor reconoce la obligación expresa o tácitamente, y lo primero, es decir, la interrupción,

por regla general, cuando se admite la demanda promovida por el acreedor para hacer efectiva la obligación (Art. 90 del C. de P.C.) y en otros casos cuando se notifica al deudor del auto admisorio correspondiente.

"La ley permite que se renuncie a la prescripción expresa o tácitamente, 'pero después de cumplida' (Art. 2514 del C.C.), o sea, cuando ya haya vencido el plazo establecido para que produzca sus efectos. La renuncia efectuada antes de ese vencimiento en realidad equivale a una interrupción: vale para el término transcurrido pero carece de valor para el que aún falta por correr".

"La renuncia a la prescripción puede darse solo después de cumplido el término respectivo, mientras que la interrupción presupone que ese tiempo esta aún corriendo. La renuncia se produce por declaración del prescribiente o por medio de una conducta concluyente u omisiva (Arts. 2514 y 2513 del C,C.). La interrupción consiste en un acto del obligado, que reconoce inequívocamente el crédito de su contenedor (interrupción natural) o en la demanda judicial de éste (interrupción civil), en la oportunidad y con las modalidades consagradas en los artículos 90 a 91 del Código de Procedimiento Civil. Por lo demás el resultado de la renuncia, igual que la interrupción, es la prescindencia de todo el tiempo de inercia corrido hasta entonces de modo que el cómputo se reinicia, con la posibilidad practicamente indefinida de que se repitan los fenómenos, hasta que el término respectivo transcurra íntegro nuevamente. Término que en el caso de "las prescripciones de corto tiempo a que están sujetos las acciones especiales, *que nacen de ciertos actos o contratos, que se mencionan en los títulos respectivos" en ese mismo lapso.*

"Por lo tanto, reanudada la cuenta y cumplido el término de prescripción en el lapso transcurrido entre la renuncia o la interrupción y el ejercicio del derecho, e invocado ese modo de extinción por el deudor demandado, no hay duda de su ocurrencia con los efectos extintivos que le son propios". (Subrayado fuera de texto).

Los razonamientos precitados son compartidos en su integridad por la Sala y como consecuencia de ellos resulta forzoso concluir que la prescripción de dos años es la aplicable al sub lite y que el interrumpirse el término inicial se vuelve a comenzar el mismo período bianual, sin que haya lugar al cambio de término prescriptivo ordinario o de veinte años como lo propone la parte demandante. Esta es, en criterio de la Sala, la interpretación más acertada de las normas sobre prescripción extintiva o liberatoria del ordenamietno civil, en relación con el artículo 993 y concordante del estatuto comercial, en cuanto toca con el contrato a que se refieren las presentes diligencias.

Conviene aclarar, desde ahora, que para la Sala no es de recibo la interpretación de la demandante al pretender que se entienda como una sola persona jurídica, para los efectos de la interrupción de la prescripción, a Halkedis Costalas & Wiemken Inc., y Caribe Pacific Bulk Transport Inc., con miras a que se tengan en cuenta respecto de este proceso las actuaciones, diligencias, conversaciones o comunicaciones surtidas frente a la segunda de tales firmas. Tal posición resulta

procesal y jurídicamente inaceptables por cuanto una de las partes quedaría sometida a las acciones y omisiones cumplidas ante terceros en desarrollo de *otra* obligación contractual absolutamente distinta y ajena a la que originó el proceso, afectándose así sus derechos frente a una situación jurídica y de hecho extraña a la actual controversia. Una cosa es el contrato de transporte que Idema alla ajustado con Caribe Pacific Bulk Inc., y otra absolutamente distinta e independiente, el negocio que firmó con Halkedis Çostalas & Wiemken Inc., así tras de estas firmas pueden figurar los mismos directivos o propietarios, con intereses comunes. Real y legalmente son dos negocios jurídicos independientes cuyo tratamiento procesal y legal es distinto y autónomo, con mayor razón, cuando, como en este caso, se controvierten procedimientos y actitudes que sólo surten efectos exclusivamente frente a las personas contratantes.

En el expediente principal se encuentra a folios 84 y 85, la comunicación N° 29494 del *21 de agosto de 1979,* dirigida por la jefe de la División de Comercio Exterior del Idema a Alfonso Senior & Cía., contentiva de las liquidaciones de cargue y descargue del buque Akritas, originadas en el contrato N° 036 de 1979. Igualmente a folios 82 y 83 del mismo expediente se encuentra el oficio 18734 del *10 de julio de 1981,* a Alfonso Senior & Cía Ltda., por el jefe de la División de Comercio Exterior del Idema, donde se reconocen obligaciones a cargo del instituto y además se reitera el envío de las liquidaciones con oficio 3139 de *17 de marzo de 1980.* Así mismo a folios 66 y 67 del Cuaderno principal, obra el oficio 25538 del *17 de septiembre de 1981,* dirigido al Abogado Hernán Manrique R., quien para entonces representaba a la firma demandante, en donde el Gerente General del Idema admite la existencia de la obligación a su cargo y en favor de la actora, con miras a buscar su liquidación.

En las anteriores condiciones, si se tomara la última fecha como interruptora de la prescripción -*17 de septiembre de 1981*- o una cualquiera de las anteriores, lo cierto es que a la presentación de la demanda -*9 de agosto de 1985*- ya se habría consolidado, con exceso, el nuevo período prescriptivo. Similar ocurrencia se presenta frente a las Actas de Junta Directiva del Idema del año de 1981, las cuales contienen apartes que bien pueden estar reconociendo deuda a su cargo y en favor de la hoy demandante.

Empero, como la parte actora argumenta que además de las comunicaciones escritas ya mencionadas, en torno de la liquidación contractual se presentaron negociaciones entre los representantes o asesores de los contratantes, conviene establecer de su ocurrencia, las que, como lo afirma el apoderado de la demandante, tuvieron lugar en las siguientes épocas: entre octubre y noviembre de 1980, entre julio y septiembre de 1981 y, desde comienzos de 1982 "hasta por lo menos septiembre de 1983". En las dos primeras épocas actuó a nombre de Halkedis Costalas & Wiemkn Inc., el abogado Hernán Manrique y en el último período, sostiene la actora que su vocero fue el doctor Carlos Lleras de la Fuente. En las anteriores condiciones y por cuanto frente a los dos primeros períodos mencionados, aún en la eventual ocurrencia de iniciación de un nuevo término prescriptivo ya habría operado el plazo de prescripción del artículo 993 del C.de Co., considera la

Sala que corresponde entonces unicamente examinar la actuación con el abogado Lleras de la Fuente, para así determinar si el comportamiento del Idema o de sus asesores frente al mencionado profesional permite o no la configuración del fenómeno interruptivo de la prescripción.

Sin duda el testimonio del doctor Lleras de la Fuente reviste especial importancia para los fines de este proceso, si se tiene en cuenta que es el único medio probatorio que expresa y directamente respalda los razonamientos de hecho de la parte actora, encaminados a demostrar que en el caso bajo estudio no se dió el fundamento de la excepción de prescripción de la pretensión, propuesta en defensa por el Idema. Consecuencialmente, el testimonio aludido, contraría abiertamente los intereses jurídicos y pecuniarios del Instituto demandado.

Dimana del cuestionamiento formulado por el apoderado del Idema al testimonio del doctor Lleras de la Fuente, que deba considerarse como sospechoso al tenor del artículo 217 del C. de P.C., en cuanto encuentra en el aludido declarante razones suficientes y claras que afectan su imparcialidad y credibilidad, dado el interés personal y económico que le asiste al testigo.

Con plena certeza la Sala tiene por probado el interés del deponente en las resultas de este negocio. Para ello toma como suficiente la respuesta ofrecida por el mismo testigo a instancia de apoderado de la demanda, de cuyo dicho resalta la Sala estos apartes:

"...hacia 1982 fui encargado por la firma de abogados de Nueva York denominada Grant, Gerrman and Schawrtz para entrar en contacto con el Idema con el fin de buscar un arreglo amistoso... En esa circunstancia y sin tener el carácter de apoderado de las empresas extranjeras, inicié conversaciones con el Idema...así lo hice y desde ese momento hasta finales de 1984, adelanté tales contactos con el doctor Hinestrosa y, por sugerencia de éste, con el doctor Déxter Real, funcionario del Idema...quiero destacar que las negociaciones con el Idema fueron adelantadas desde su comienzo hasta su final, salvo alguna reunión a la cual asistió el doctor Jorge Suescún exclusivamente, por mí,... *la oficina de abogados de la cual formo parte y de la cual soy socio, denominada Lleras, Caycedo, Suescún y Asociados, tiene también como socio al doctor Jorge Suescún Melo apoderado en este caso de la parte actora de manera que puedo decir, como lo dije en el proceso ya citado, , QUE COMO TESTIGO TAMBIEN TENGO INTERES EN EL RESULTADO DEL PROCESO y ello lo puse de presente en su ocasión y quiero ponerlo* de presente también en este proceso para completa información del Tribunal... siendo importante recalcar que el suscrito testigo no conoció ni conoce las demandas presentadas por el doctor Sescún en ambos casos, ni, obviamente, el interrogatorio de que va a ser objeto... La ética me impone, aún cuando no hubiese sido interrogado al respecto, como no lo fui en el otro proceso ya citado, informar al Magistrado comisionado y al H. Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, *de la relación que existe entre el testigo y apoderado de la parte actora*....siendo el único testigo que puede declarar en cuanto a las conversaciones adelantadas en nombre de las empresas contratantes con el Idema, *la ética y la responsabilidad ante dichas empresas me*

obligan también a comparecer como testigo, dejando al criterio del H. Tribunal valorar mi testimonio...Mi respuesta está dada al contestar la pregunta anterior habiendo manifestado *que tengo interés en los resultados del proceso. Como tal vez lo expresé al declarar en el proceso entre Caribe Pacific e Idema la oficina de abogado opera bajo la modalidad de una sociedad Ltda., lo que hacen necesariamente que se compartan, no específicamente los honorarios que se pudieran causar dentro de este proceso, sino las utilidades que arroje la sociedad al cerrar su ejercicio; es de presumir que los honorarios a que se refiere el señor apoderado del Idema harían parte del Estado de Pérdida y Ganancias de la Sociedad de Abogados..."* (Lo destacado y subrayado no es del texto).

Aparte de las anteriores manifestaciones que evidencian y hacen ostensible el interés del aludido declarante, este manifestó haber iniciado sus contactos con el Idema en junio de 1982 y de ahí en adelante en varias oportunidades se entrevistó con el doctor Fernando Hinestrosa con quien "acordamos iniciar un estudio metódico de cada una de las divergencias...". Conversaciones y reuniones que según dice el doctor Lleras se llevaron a cabo en varios meses de 1983 y culminaron en noviembre de 1984 cuando el doctor Hinestrosa telefónicamente le manifestó que"... Dado que el abogado Hernán Manrique estaba demandando al Idema y había ejercido actos contra el Instituto, tales como embargo consideraba inútil que siguiéramos buscando un arreglo en esas cinsunstancias. En esta última fecha pues, terminaron mis gestiones amistosas para buscar un arreglo con el Idema...". En la misma diligencia el declarante respondió las preguntas que le formuló el apoderado de la actora todas encaminadas a demostrar la presencia de negociaciones sobre las obligaciones del Idema con la parte demandante.

Para la Sala no se encuentran demostradas las supuestas negociaciones en virtud de las cuales el vocero de Halkedis Costalas & Wiemken Inc., pretende acreditar la interrupción de la prescripción propuesta defensivamente por el Idema. En efecto, en tratándose de una circunstancia tan especial y precisa como es el señalamiento de plazos y la determinación de fechas, estos deben hallarse muy claramente determinados de tal forma que el fallador adquiera certeza sificiente sobre su exactitud y realidad. Paralelamente con la demostración cronológica deberá comprobare la existencia indubitable de los hechos constitutivos de la interrupción prescriptiva. Es decir, que la interrupción debe ser clara, concisa, cierta, exacta y la fecha o fechas de la misma, también deben acomodarse a esas mismas características. Todas estas circunstancias deberán ser probadas fehacientemente, de tal suerte que no quede espacio para la duda, pues, de lo contrario no podrá tenerse por estructurada la interrupción prescriptiva.

En el Sub judice sostiene la accionante que se dieron las negociaciones sobre la obligación del Idema frente a ella. No obstante, su existencia no resulta nada clara, por cuanto el respaldo probatorio de las mismas es susceptible, como se verá, en numerosos y serios cuestionamientos, hasta el punto de considerarlo totalmente ineficaz. No entiende la Sala, por ejemplo, como el testigo podía entrar en conversación con el Instituto cuando el doctor Lleras de la Fuente, hermano suyo, como delegado principal del Presidente de la República integraba la Junta Directiva

del Idema. Sin duda, los principios de ética y corrección de que hace gala en su testimonio, por lo menos le dificultaban su función negociadora. Igualmente resulta de difícil comprensión el hecho de que mientras se daban las negociaciones referidas por el testigo Lleras de la Fuente, también por la misma época el abogado Hernán Manrique R., formulaba demanda ordinaria de mayor cuantía contra el Idema a nombre de Caribe Pacific Bulk Transport Inc., y como Agente oficioso de Halkedis Costalas & Wiemken Inc.

Frente a tal duplicidad de actuaciones a nombre de la empresa demandante, resulta ciertamente inadmisible reconocer la función negociadora del testigo ante el apoderado del Idema, quien de las actuaciones judiciales surtidas en el Juzgado 18 Civil del Circuito de Bogotá (Fols. 71 y ss del Cdno N° 3A) conocía a ciencia cierta la demanda civil aludida, frente a la cual, se hacía difícil casi que imposible una negociación con persona distinta de quien había promovido la acción judicial.

Otros aspectos que conducen a la Sala a no admitir como negociaciones las entrevistas del doctor Lleras con el doctor Hinestrosa, en el sentido o significado que a dicho término debe dársele, son: *No puede ser cualquier tipo de conversaciones entre los contratantes el que adquiere el carácter de negociación. Esta bien puede presentarse cuando el deudor junto con el reconocimiento de su obligación propone al acreedor soluciones o hace ofertas concretas y precisas de pago, y en torno de ellas se surten las conversaciones.* Mal podrían confundirse el comportamiento cordial y condescendiente del Idema y sus asesores para con el representante de la parte actora, con una verdadera negociación. Una cosa es que se acceda a conversar y a suministrar voluntariamente una información a quien en nombre de una firma estadounidense de abogados la requiere para aclarar ciertas confusiones y otra, muy capacitada de interrumpir un proceso prescriptivo. Se insiste que para la propuesta negociación, no les figura procesalmente acreditada facultad negociadora para el doctor Lleras ni para el doctor Hinestrosa. Elemental hubiera sido que en una negociación los encargados de adelantarla hubiesen acreditado las facultades que de cada una de las partes en conflicto hubieren recibido, con mayor razón cuando una de ellas es persona jurídica de derecho público, cuyas limitaciones económicas dispositivas son evidentes y dependen de la propia organización burocrática del Instituto. No hay en autos constancia alguna que permite inferir en favor del doctor Hinestrosa o de cualquier otro asesor o funcionario del Idema, facultad expresa para adelantar negociaciones con el doctor Lleras de la Fuente, ni para éste con relación a aquella.

Aparte de lo anterior no puede la Sala desconocer la condición de interesado que tiene el dicho del testigo Lleras de la Fuente.

Son sospechosos para declarar, de acuerdo con el artículo 217 del C. de P.C. quienes "en concepto del Juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés con relación a las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas". Desde luego que el motivo de sospecha no necesariamente significa que el testigo falte a la verdad y por ello no se puede rechazar de plano su declaración.

Obliga sí, en cambio, a examinar con estricto criterio de severidad esta clase de testimonios, hasta el punto que al resultar próspera la tacha habrá de prescindirse de su información.

Para la Sala la declaración del doctor Lleras de la Fuente por sí sola no es suficiente para demostrar la existencia de las supuestas negociacines y la época de las mismas, por cuanto en contra de su dicho se presentan las observaciones críticas formuladas en párrafos anteriores y porque, además, los nexos de amistad, colegaje y sociedad profesional con el apoderado de la parte demandante, y su condición anterior, según él, de representante de la sociedad actora, para las negociaciones, así como el evidente beneficio económico que la decisión favorable del proceso representa para el declarante, neutralizan totalmente la eficacia probatoria de su testimonio.

De otra parte, si bien es cierto que se recaudaron los testimonios de Roberto V. Corbett (Fols. 52 a 57 C. 3) y Jorge Radovich (Fols. 3 a 5 C.3), de cuyos textos pretende deducirse un respaldo probatorio a la versión del doctor Lleras de la Fuente, tales declaraciones, sin embargo, no son suficientes para complementarla, por cuanto provienen de individuos cuyos intereses personales o profesionales, se encuentran comprometidos, como la está el testigo aludido, con los resultados jurídicos y económicos del proceso. Se afirma lo anterior porque Robert V. Corbett es abogado desde hace muchos años de la empresa damandante, y revisó "el contrato para asistir a la compañia Halkedis Costalas and Wiemken Inc., en los reclamos hechos al Instituto de Mercadeo Agropecuario por concepto de demoras y gastos extraordinarios incurridos, con motivo de la ejecución de los contratos celebados. Después hablé -informa el testigo- con los abogados colombianos el doctor Manrique abogado para ese entonces, de la sociedad Halkedis Costalas & Wiemken, y más tarde *con el doctor Lleras también abogado de la sociedad para preparar los reclamos contra el Idema, y ellos me tuvieron informado acerca de las negociaciones".* (Subrayado fuera de texto)

Similar es la situación del testigo Jorge Radovich, quien afirma que "El señor Halkedis es Director Gerente que nos representa en todas nuestras operaciones comerciales", a más de que la firma demandante recibía instrucciones y decisiones del declarante Radovich y su empresa. De otra parte, como el mismo lo manifiesta, la mayoría de su información la obtuvo de Halkedis, a quien, a su vez, lo había enterado el abogado Lleras de la Fuente. Es de otra parte, representante legal de Caribe Pacific Bulk Transport Inc. y poderdante de doctor Jorge Suescún Melo en otro proceso contra el Idema, coincidencialmente iniciado en la misma fecha que el presente. (folios 178 - 241 C. 1).

En las anteriores condiciones l*os testimonios referidos no ofrecen garantía alguna de credibilidad, no solo porque en su gran mayoría sus versiones son producto de información de terceros o de oídas, sino porque resulta francamente ostensible el interés personal de cada deponente en la aspiración de una decisión favorable a la firma demandante, de la cual, directa o indirectamente, forman parte y procuran la defensa de sus intereses.*

Con relación a la carta fechada el 27 de junio de 1983, dirigida por el doctor Lleras de la Fuente al doctor Fernando Hinestrosa (fols. 70-71 C.1), estima la sala que ningún efecto probatorio trae consigue, por cuanto carece de respuesta y se refiere a "los problemas que existen entre Caribe Pacific e Idema", es decir, un asunto distinto del controvertido en este proceso.

Por virtud de las anteriores consideraciones concluye la Sala que las pruebas encaminadas a demostrar la interrupción o interrupción del término de prescripción resultaron insuficientes e ineficaces, por lo que, consecuencialmente, hay lugar a declarar probada la excepción de prescripción de la pretensión instaurada el 9 de agosto de 1985, en vista de no encontrar entre fecha y el 9 de agosto de 1983, debidamente acreditado un hecho interruptor del plazo prescriptivo. Dicho en otros términos, la demandante no cumplió con la carga probatoria de acreditar hechos constitutivos o tipificadores de circunstancias con fuerza interruptiva de la prescripción extintiva o liberatoria de la prestación a cargo de Idema y en favor de la hoy demandante. (Arts. 1757 del C.C. y 177 del C. de P.C.).

Ahora bien, las consideraciones anteriormente relacionadas conducen a la revocatoria del fallo recurrido, de una parte, y, de otra, a aceptar la tacha, del testigo Lleras de la Fuente y la excepción de prescripción de los derechos pretendidos con la demanda, alegada por el Idema, determinación esta última que libera al fallador de analizar y pronunciarse sobre los demás aspectos de fondo planteados durante el proceso. Por último, habrá de condenarse en las costas de ambas instancias a la sociedad demandante.

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

FALLA:

PRIMERO: REVOCASE la sentencia proferida el 13 de septiembre de 1990 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sección Primera.

SEGUNDO: Declaráse probada la excepción de prescripción extintiva de todas las pretensiones deprecadas en este proceso.

TERCERO: Condénase en costas de ambas instancias, a la parte actora. Tásense.

Cópiese, Notifíquese, Cumplase y Devúelvase al Tribunal de orígen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha veintitres (23) de abril de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: En este fallo, además, se reitera la sentencia de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 8 de noviembre de 1991, Exp. S-139, actor: Jesús María Giraldo, Consejero Ponente: Dr. YESID ROJAS SERRANO, sobre la caducidad de las controversias contractuales, en el tránsito de legislación.

CAUCION-Improcedencia/ **CONTROVERSIAS CONTRACTUALES/ PRINCIPIO DE EFICACIA**

En las controversias jurídicas de naturaleza contractual, la Sala nunca ha exigido que el acto administrativo que decreta la caducidad del contrato y ordena hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, pues no hay norma especial que imponga al demandante ese especial deber jurídico. Por lo demás, es necesario facilitar el acceso de los particulares a la Jurisdicción, para que defiendan sus derechos subjetivos, poniendo en marcha el principio de eficacia, que autoriza al juez para remover los obstáculos puramente formales con el fin de evitar decisiones inhibitorias.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Tercera.- Santafé de Bogotá D.C., Abril veintitres (23) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta*

Referencia: Expediente N° 7318 Actor: SOCIEDAD "ALJOR S.A." Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO "ICA".-

- 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 providencia calendada el dia catorce (14) de Noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en virtud de la cual se inadmitió 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 auto impugnadon en el cual se razona judicialmente dentro del siguiente temperamento:

"La sociedad ALJOR S.A., a través de apoderado judicial, presenta demanda solicitando la nulidad de las resoluciones Nos 1427 de abril 25 de 1989 y 1973 de junio 8 de 1989, proferidas por el Instituto Colombiano Agropecuario - ICA- y del acta de liquidación del contrato DC-1-01-87, suscrita el 22 de agosto de 1989, así como la condena a la entidad demandada al pago de unas sumas de dinero a modo de restablecimiento del derecho.

"Mediante auto de mayo 16 de 1991, se le concedió a la interesada el término de cinco dias a fin de que corrigieran los defectos formales de que adolencía el libelo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 143 del C.C.A. - modificado- por el artículo 26 del decreto 2304 de 1989.-

"Posteriormente, mediante providencia de julio 22 de 1991, se fijó el valor de la caución y la providencia, quedando en firme la caución y la obligación de constituirla dentro de los diez dias siguientes a la ejecutoria de la misma.

Habiéndo transcurrido el plazo señalado, la parte actora hace caso omiso a esa determinación y a cambio presenta un memorial de aclaración, y adición de la demanda, al que no se fijó, subsiste la caución impuesta para garantizar el crédito liquidado a favor de la administración con los recargos a que hay lugar en cuanto fuere desfavorable lo resuelto.

"Para resolver se,

"CONSIDERA:

"Para la Sala es cierto que el otorgamiento de la caución, en los procesos sobre impuestos, tasas, contribuciones o multas que se exijan y que no hayan sido canceladas, no constituye un presupuesto de la demanda, pero sí de la admisión de la misma ya que, como lo establece el artículo 143 -inciso primero- del C.C.A. "...No se admitirá la demanda que carezca de los requisitos y formalidades previstos en los artículos anteriores...", siendo uno de esos requisitos el previsto por el artículo 140 que ordena la constitución de la referida garantía.

"Como en el presente caso la caución respectiva no fue cancelada en tiempo por la parte interesada, la demanda habra de inadmitirse.". (Folios 145 a 146 Cdno N° 1).

- II -

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 148 y siguientes del Cuaderno N° 1 sociedad demandante hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso, para lo cual discurre dentro de la siguiente óptica:

"1.- Al corregirse la demanda, se adicionan las pretensiones de la misma, con las de nulidad de los actos con los cuales la Compañía Aseguradora terminó por el contratista la obra contratada; y entre ellos los siguientes:

"1.1. El convenio de subrogación para el cumplimiento del contrato de seguro, que amparó el de obra DC-I-01-87, para la contrucción del Laboratorio de Bioseguridad LIMV, en cuyo literal J) de las consideraciones, se estableció:

"Que la Compañía Aseguradora optó por terminar la obra, no se hará efectivo el pago de la cláusula penal pecuniaria estipulada en el capítulo X, artículo X-02 del contrato DC-I-01-87 y garantizada mediante póliza N° EO-106600 expedida por Seguros del Estado S.A....".

"1.2. El acta final y definitiva de liquidación del contrato DC-I-01-87 conforme a la cual no resultó suma alguna a cargo del contratista y a favor del tesoro, pues el ICA recibió la obra terminada.

"2. Se acredita así con la corrección de la demanda, que para el momento de su presentación, no existía obligación alguna a cargo del contratista y a favor del tesoro, desaparecido para la aplicación del artículo 140 del C.C.A.

"Lo procedente sería exonerar a la demandante a prestar la caución y admitir la demanda. El auto que resuelve inadmitirla, no ha tenido en cuenta la corrección de la demanda, insistiendo en el objeto de la caución, cuando ya no hay crédito que garantizar a favor del Tesoro.

"3. Quedaría por dilucidar sobre la procedencia de la corrección y si esta permite la variación de las causas que han generado la exigencia previa del otorgamiento de la caución, para modificar la determinación exonerando a la actora de tal formalidad. Al respecto se tiene:

"3.1. La corrección de la demanda es procedente, pues el artículo 208 del C.C.A., que establece éste derecho para el actor, señala el término para su ejercicio, limitándolo por su extremo final y no por su extremo inicial. La norma lo define hasta el último día de fijación en lista, pero no desde cuando. En esta forma, si la ley no establece esta limitación, tampoco la puede establecer el Juzgador.

"3.3. Como es bien sabido, por principio general debidamente normado en el artículo 4° del C. de P.C., los procedimientos están instituidos para la eficacia de los derechos sustanciales; luego en la aplicación de las normas adjetivas, el juzgador debe buscar la interpretación y aplicación acorde con este principio, sacrificando naturalmente el rigorismo procesal.

"3.4. Los actos demandados a través de la corrección de la demanda establecen claramente, que para la fecha de su presentación ya se habían extinguido las obligaciones fundamento de la exigencia procesal. En principio

quedaron establecidas en los actos de declaratoria de caducidad y liquidación del contrato; pero posteriormente, al haberse terminado la ejecución del mismo por el asegurador, se allanó el pago de las sanciones económicas consecuentes de la caducidad y por acuerdo con la misma entidad demandada, que exoneró expresamente de ellas.

"3.5. Queda así claramente establecido pór virtud de la corrección de la demanda y previo a su admisión, que en virtud de los contratos o convenios celebrados para ese efecto y de los cuales se allegaron copias auténticas, por ser estos mismos objeto de impugnación contenciosa, no existe obligación a cargo del contratista y a favor del ICA, que justifique el mantenimiento de la medida de garantía a través de la caución, e impida la admisión de la demanda, de no prestarse.

"3.6. Obrar de otra forma, es decir, siguiendo la ritualidad procesal exacta del cumplimiento del requisito previamente establecido con fundamento en la demanda antes de ser corregida, para luego aceptar la corrección que desvirtúa la razón misma de la caución, es violar el principio establecido por el artículo 4° del estatuto procesal civil, impidiendo el ejercicio del derecho de acción de la demandante, con base en un ritualísmo estricto e injustificado.

"Por lo expuesto solicito al Honorable Consejo de Estado revocar la providencia impuganda y ordenar la admisión de la demanda sin necesidad de prestar la caución por haber desaparecido las causas que inicialmente la justificaban. (folios 148 a 151 del Cdno N° 1).

- III -

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La providencia impugnada será revocada, pues el *ad-quem* no hace suya la perspectiva jurídica que manejó el *a-quo*. Cualquiera que sea el universo de la providencia proferida por el tribunal, en virtud de la cual se ordenó prestar la caución para la admisión de la demanda, la Sala no se vincula a él, porque la Corte Suprema de Justicia, en sentencia calendada el dia 25 de julio de 1991, declaró inexistente el siguiente aparte del artículo 140 del C.C. Administrativo.

"...deberá acompañarse el respectivo comprobante de haberse consignado, en calidad de depósito, la suma correspondiente. Terminado el proceso, la cantidad deducida en la sentencia a cargo del contribuyente o deudor, ingresará definitivamente en los fondos del tesoro y se devolverá al interesado el saldo que resultare, si lo hubiere, con intereses comerciales corrientes sobre este saldo desde que se hizo la consignación.

"En iguales términos se devolverá la suma depositada en caso de que la sentencia fuere favorable en su totalidad al demandante.

"El comprobante de depósito de que se trata se refiere a los casos *en que leyes especiales exijan la consignación previa de la suma liquidada o debida.*". (Subrayas de la Sala).

Así la cosas, el texto del artículo 140 del C.C.A., quedó en definitiva con el siguiente temperamento:

"Artículo 140. Comprobante de consignación. Si se trata de demanda de impuestos, tasas, contribuciones o multas que se exijan o de créditos definitivamente liquidados a favor del tesoro público bastará que se otorgue caución a satisfacción del ponente para garantizar el pago con los recargos a que haya lugar en cuanto fuere desfavorable lo resuelto".

B) Dentro de la anterior óptica facilmente se concluye que, en el caso *sub-examine*, el demandante no tiene la obligación de constituir caución alguna, pues no se trata de una demanda sobre impuestos, tasas, contribuciones o multas a favor del tesoro público.

En las controversias jurídicas, de naturaleza contractual, la Sala nunca ha exigido que el actor preste caución cuando se impugna el alcance del acto administrativo que decreta la caducidad del contrato, y ordena hacer efectiva la Cláusula Penal Pecuniara, pues no hay norma especial que imponga al demandante ese especial deber jurídico. Por lo demás, es necesario facilitar el acceso de los particulares a la jurisdicción. Para que defiendan sus derechos subjetivos, poniendo en marcha el principio de EFICACIA, que autoriza el Juez para remover obstáculos puramente formales con el fin de evitar decisiones inhibitorias. Por ello se recordaba en el primer Congreso Internacional de Derecho Procesal, celebrado en Gante, en 1977 que "En una sociedad cada vez más compleja, el derecho procesal debe poder funcionar de una manera más accesible, humana, rápida y eficaz. para que todo ciudadano pueda hacer valer sus derechos. En todo el mundo se están haciendo últimamente esfuerzos para conseguir este objetivo".

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

RESUELVE:

1°) REVOCASE el auto calendado el día catorce (14) de Noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991), proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en virtud del cual se inadmitió la demanda, dentro del proceso del rubro, y, en su lugar DISPONE;

a) ADMITESE la demanda presentada el 25 de Abril de 1991 por la Sociedad ALJOR S.A., aclarada y corregida en los términos que se recogen en el escrito que obra a folios 132 y siguientes del Cuaderno N° 1, la cual está dirigida contra el INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO "ICA" y SEGUROS DEL ESTADO S.A.;

b) Notifíquese personalmente la admisión de la demanda al representante legal del Instituto Colombiano Agropecurio "Ica" y al de Seguros del Estado S.A., o a quien haga sus veces. Igualmente, al Ministerio Público;

c) Fíjese en lista por el término de cinco (5) días, para todos los efectos de ley;

d) Solicítense los antecedentes administrativos a las entidades demandadas.

Las anteriores previsiones serán cumplidas por el tribunal *a-quo* dentro de los términos que la ley señala, para lo cual se devolverá el expediente, una vez ejecutoriado el presente auto.

COPIESE Y NOTIFIQUESE

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

LIQUIDACION DE CONDENA-Actualización/ **CORRECCION MONETARIA/ ANATOCISMO**-Improcedencia

La demanda con que se inició el presente proceso, se presentó cuando todavía no se había abierto paso en los altos tribunales del país la jurisprudencia que acepta la corrección monetaria. La jurisprudencia de la Sala es exigente cuando precisa que la oportunidad para solicitar la corrección monetaria se brinda solo en la demanda, con el fin de permitirle a la contraparte que sobre el particular también ejercite el derecho de defensa. Por lo demás, ella no se puede decretar de oficio. De otro lado, la Sala tiene comprensión jurídica de que el cobro de intereses de intereses, paso que todavía no ha sido dado por el legislador nacional; la jurisprudencia nunca ha tolerado ni autorizado el cobro de intereses de intereses. Tasas acumuladas no se han aplicado ni para la corrección monetaria, ni para los intereses.

CONDENA EN ABSTRACTO-Liquidación/ **LIQUIDACION DE CONDENA**-Aceptación/ **CONFESION**-Improcedencia/ **ALLANAMIENTO**-Improcedencia

Dentro del incidente que liquidó la condena en abstracto, el centro de imputación jurídica no podía aceptar la liquidación que le presentaba la parte actora, de conformidad con el artículo 199 del C. de P.C. Además, la aceptación o rechazo de la liquidación no se hace en el momento en que se controvierte la prueba, sino en el que corresponde al traslado de la que se presentó la parte actora, siendo entendido, además, que el error en que incurran las partes o los auxiliares de la justicia, al proyectar el alcance de la sentencia, cuya condena en abstracto se liquida, no podrá jamás tener fuerza vinculante para el sentenciador.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Tercera.- Santafé de Bogotá D.C., abril veintitres (23) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Dr. Julio César Uribe Acosta*

Referencia: Expediente N° 2397

Actor: Margarita Villa de Goméz Jaramillo incidente de la regulación de Perjuicios.

- I -

El apoderado de la parte actora, dentro del proceso del rubro, interpuso, dentro del término de ley, el recurso de reposición contra el proveído proferido por la Sala el día veinticinco (25) de agosto de 1989, para que el mismo sea reformado "...aumentando la cuantía de la liquidación allí contenida y, en general, como se indica, se revoque parcialmente el mismo en los aspectos desfavorables..." a su poderdante.

Presenta nuevamente la ponencia el consejero conductor del proceso, había consideración de que a lo largo de la definición del recurso de reposición, se presentaron las siguientes circunstancias particulares del caso:

A) Al discutirse en la Sala el proyecto de providencia orientada a desatar el recurso de reposición, se registró un empate, como se consignó en el auto calendado el dia dieciseis (16) de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989) (C 1, fol. 524);

B) El día seis (6) de noviembre de 1989, se corteó como conjuez al Dr, WILLIAM SALAZAR LUJAN, quien tomó posesión, y actuó como tal, hasta el momento en que la Sala, en auto calendado el dia veintinueve (29) de junio de 1990, le aceptó el impedimento manifestado por él (C 1, fol 534 y ss.ss);

C) El día dieciocho (18) de julio de mil novecientos noventa (1990), se sorteó como nuevo conjuez al Dr. Gaspar Caballero Sierra, quien tomó posesión el dia seis (6) de agosto del mismo año (C 1, fol. 539) con quien se discutió luego la ponencia presentada por el consejero conductor calendado el día seis (6) de septiembre de 1990, (C 1, fol. 540);

D) Entre el seis (6) de septiembre de 1990 y el 12 de agosto de 1991, la Sala se reintegró con la vinculación de los consejeros Dres. JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ y DANIEL SUAREZ HERNANDEZ, realidad que explica que por el auto calendado el día 12 de agosto de 1991, el primero de los magistrados citados hubiese dispuesto que la actuación volviera al despacho del consejero conductor del proceso. La citada providencia fue impuganada a través de los recursos de reposición y súplica. El primero fue desatado el día 18 de febrero de 1992, decidiéndose mantenerla en todo su universo. El segundo se resolvió en providencia de 12 de marzo de 1992, rechazándolo de plano, por las razones que se consignan en el referido proveído.

Dentro del universo procesal que se deja descrito, se reabrió el debate con los nuevos consejeros titulares Dres. JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ y DANIEL SUAREZ HERNANDEZ, quienes hicieron su aporte a la decisión que se recoge en este proveído, la cual fue acogida por unanimidad.

Los motivos de conformidad los presentó el apoderado de la párte actora dentro del siguiente temperamento:

"ACEPTACION EXPRESA POR LA DEMANDA DE UNA BASE MAYOR DE LIQUIDACION:

"Como bien lo reconoce el auto recurrido, la parte demandada, en su escrito de folios 363, 364 y ss. Cd 1A, termina admitiendo o aceptando "un gran total, por concepto de daño emergente y lucro cesante, de 18.118.806.60".

"Esa misma aceptación o manifestación del Banco de la República, en lo que hace al daño emergente, fue reiterada posteriormente, en el memorial del folio 385 y ss, que no meciona el mismo auto recurrido, en los siguientes términos:

> "...mi poderdante *acepta* el cálculo hecho por los peritos Gutiérrez T. y González S. en lo referente al DAÑO EMERGENTE, según el cual, para fines de marzo de 1988 mi poderdante debería reconocer la suma de 16'472.305.08 a la demandante ya que consideramos que dicho cálculo incluye una compensación equitativa por la depreciación monetaria" (Se subraya).

"No obstante las anteriores manifestaciones expresas de la parte demandada, presentadas personalmente en su oportunidad, en el auto recurrido se sostiene en forma terminante que

> "...suma que el Despacho *tampoco* puede *aceptar, no obstante el asentamiento* de la parte afectada, pués ella es el producto de una liquidación que tampoco se ajusta a las pautas de la sentencia..." (V. hoja 70 de tal auto. Lo subrayado no es del texto).

"Nuestro estatuto procesal explícitamente admite que una parte acepte la liquidación de la condena en abstracto presentada por la otra parte. En efecto, en el inciso 4° del art. 308 del C. de P.C., se determina que:

> "El juez *aprobará* de plano la liquidación que expresamente acepte la parte obligada..." (El subrayado no es del texto).

"En el anterior estatuto procesal, el Código Judicial de 1931, en el art. 553, se le imponía a la contraparte la carga de objetar expresamente la liquidación que se presenta y de no formularse tal objeción, se debía dictar auto probatorio de ella.

"Ahora en el nuevo estatuto, se exige la aceptación expresa.;

"Así lo enseñan y lo explican nuestros autores de Derecho Procesal.

"El tratadista Hernando Devis Echandía, en su "Compendio de Derecho Procesao" (sic), luego de sostener que:

> "Otra innovación consiste en que si la parte o el apoderado a quien se corre traslado de la liquidación no está de acuerdo con ella, le bastará manifestar que la objeta o rechaza, o guardar silencio, pués este no se considera como aceptación;..."

"Concluye:

> "...El juez solamente aprobará de plano la liquidación cuando en forma escrita y expresa la acepte la parte obligada en el código anterior el silencio de la parte obligada se entendía como aceptación de la liquidación,...)..."(V.tomo III, El Proceso Civil, Vol. Primero, Parte General, Bogotá, 1978, pags. 209 y 210. Lo subrayado, de nuevo, no es del texto).

"Así pues, tanto en el estatuto de 1931, como en el actual Código vigente, se contempla que la parte podía aceptar, implícitamente, en forma tácita o expresa, la liquidación de la condena en abstracto que hubiera presentado su contraparte; y producida tal aceptación, se imponía la obligación para el Juez de admitir la aceptación, y aprobar tal liquidación, sin discusiones, ni esguinces.

"La única modificación que en esta materia se ha producido en nuestro derecho es la exigir ahora, a partir de 1971, que la aceptación se produzca en forma expresa.

"El auto recurrido del pasado 25 de agosto de 1989 esta pasando por alto el contenido y alcances de esta norma, de esta disposición del art. 308 del C. de P.C., que está admitiendo, sin ninguna clase de condicionamientos, pura y simplemente, la aceptación que una parte haga de la liquidación presentada por la otra parte.

"Bien sabido es que:

"Quien puede lo más puede lo menos (*Qui potest majus potest et minus).*

"O en otras formulaciones de este aforismo, también se ha dicho:

"A quien es permitido lo más le es permitido lo menos. *(Non debet cui plus licet quod minus est non licere).*

"O que:

"En lo que está lo más está lo menos (In eo quod plus sit, inest est minus).

"(El primer aforismo aparece publicado en el libro de Guillermo Cabanellas, "Repertorio Jurídico de Locuciones, Máximas y Aforismos Latinos y Castellanos", Buenos Aires, 1959, pg. 104, Los otros dos se encuentran en la obra de Eduardo Rodríguez Piñeres, "Derecho Usual", Bogotá, 1934, pg. 374).

"Como en el trámite de esta liquidación de la condena en abstracto, la entidad demandada terminó eceptando parcialmente la liquidación presentada, es claro que, por lo menos, la misma debía y tenía que admitirse por la Sala en cuanto a tal parte o valor mínimo, con los ajustes y adiciones correspondientes a los meses y años posteriores, y sin perjuicio de proveer sobre los demás extremos, los discutidos o no aceptados.

"Por todo lo anterior, es claro que se impone reformar y revocar parcialmente el auto recurrido admitiendo, por lo menos, las nombradas aceptaciones o manifestaciones hechas por la parte demandada, sobre cuantía o sumas de la condena que se está liquidando, con los ajustes correspondientes a los meses y años posteriores, y disponiéndo y proveyendo también sobre los extremos no aceptados y objeto de discusión.

"2. LA ACTUALIZACION DE LOS PERJUICIOS EN LAS LLAMADAS "DEUDAS DE VALOR" NO REQUIERE DE FORMULAS SACRAMENTALES.

"Según el auto recurrido del 25 de agosto de 1989, en la liquidación presentada por la parte actora, se olvida

> "...que ni en la demanda con que se inicio el proceso, ni en la sentencia que desató la litis, se impetró o dispuso la indexación de la condena..."(y a continuación se recuerdan lecciones de Derecho Procesal V.pg 68 del auto).

"Debe advertirse ante todo que el auto recurrido, no obstante transcribir en sus primeras páginas la parte pertinente de la sentencia, sobre pautas de la liquidación, les está dando a las mismas un contenido cerrado y excluyente, que no tienen.

"Allí, en la sentencia, se sostiene que:

> "...se seguirán *entre otras* las siguientes pautas:
> "..."
> (V.hoja 2 del auto recurrido. Lo subrayado no es del Texto).

"El auto recurrido, siempre el auto recurrido, está *pasando por alto*, como si no existieran o no aparecieran en la sentencia, las *palabras*

> *"...entre otras..."*.

"El diccionario de la Lengua Española enseña que con tal expresión se quiere denotar la situación o estado en medio de dos o más cosas o acciones.

"En otras palabras, cuando se está utilizando esta expresión, "entre otras", se quiere indicar que la lista es enunciativa, que no es taxativa.

"No debe olvidarse que en el art. 307 del C. de P.C., sobre procedencia de la condena *in genere* expresamente se permite que no se indiquen o señalen todas las pautas o bases de la liquidación. Según se dice allí, se señalarán 'si fuere posible', tales bases o pautas.

"Pero además, el auto recurrido tambien está pasando por alto la calidad, que tiene la obligación impuesta al Banco de la República de obligación o 'deuda de valor'.

"En ningún momento se trata de una obligación dineraria.

"El tratadista Argentino Eduardo A. Zannoni, que tanto cita y tanto le gusta a esa Sección Tercera del H. Consejo, en su obra "El daño en la responsabilidad Civil", sostiene:

"La obligación resarcitoria es una deuda de valor..." "(V.op.cit.,pág.203).

"Y en su libro "Revaluación de Obligaciones dinerarias "también reitera que:

"...la obligación de resarcir los perjuicios derivados de un hecho ilícito es de valor en su origen..." "(V.op.cit.pag.54).

"Y entre nosotros, para no citar sino un solo autor, puede traerse a cuento a uno de los más recientes, y más ilustres, Javier Tamayo Jaramillo, quien enseña:

"...la obligación de indemnizar, derivada de la responsabilidad civil extracontractual, engendra siempre una deuda de valor que, por lo tanto, debe ser indexada...Al respecto, Santos Briz dice:

"El pago de una indemnización por resarcimiento de daños tiene el carácter de deuda de valor..."(V."De la Responsabilidad Civil", Tomo II, Bogotá, 1986, pag 240).

"Y más adelante, el mismo autor, luego de citar jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en la cual se reconoce que 'al pedir el demandante el pago de perjuicios ocasionados...por la no cancelación oportuna de las obligaciones de su cargo, tal pretensión comprende la corrección monetaria', asevera que en los casos de obligaciones o deudas de valor"...*es suficiente... pedir* genéricamente, *la indemnización de los perjuicios* causados". ... se acepta indexar (en tal evento) aunque en forma expresa no lo solicite el demandante..."(V.op.cit.,pag.258. Lo subrayado no es de texto).

"Como en alguna ocasión, con ponencia del magistrado José Alejandro Bonivento Fernández, lo reconoció esa misma Sección Tercera, en este tipo de casos, la actualización del daño, aún no pedida explícitamente, viene a ser

"...un reconocimiento del valor de la cosa para el momento en que ha de verificarse el pago..." (Fallo de septiembre 13 de 1984).

"Esta doctrina de las obligaciones o deudas de valor es generalmente aceptada por la doctrina extranjera y nacional, como también es generalmente aceptado el alcance que tiene la petición o pretensión de indemnización de perjuicios en el caso de estas obligaciones resarcitorias o deudas de valor.

"En este campo, prácticamente nadie exige el uso de palabras sacramentales. La expresión 'indemnización de perjuicios' comprende esa corrección monetaria.

"El auto recurrido pasó por alto esta calidad de obligación o deuda de valor que tiene la impuesta al Banco de la República. La trató más como si fuera una obligación dineraria y, ello, tal vez explique la afirmación que se está comentando.

"Pero como se trata, es bueno reiterarlo, de una deuda de valor, no se necesitaba el uso de las palabras sacramentales que exige o quiere exigir el auto del 25 de agosto de 1989.

"Y como no se necesitaban palabras sacramentales, y como en la demanda síse impetró, en forma bastante y suficiente, la indemnización de perjuicios, es claro que en dicha demanda, en los extremos de ella, quedaba comprendida, en cuanto fuera del caso, la indexación o actualización (y es del caso, pués la sentencia solo se vino a proferir en el mes de octubre de 1987, y la liquidación de la condena ahora, en el presente año, años estos durante los cuales se ha producido en el país una inflación y depreciación monetaria notoria, evidente y muy considerable).

"Y como se trataba de una deuda de valor, respecto de la que se dispuso una indemnización de perjuicios en la correspondiente sentencia, es claro que allí en esa indemnización, señalada en abstracto, que tampoco necesitaba de palabras sacramentales, quedaba comprendida la actualización monetaria.

"Y además, como ya se dijo, las bases o pautas señaladas en la sentencia eran unas cuantas, enunciativas, no taxativas.

"No se puede olvidar la expresión 'entre otras' que se contiene en la sentencia del 13 de octubre de 1977, expresión que, como se advirtió está pasando por alto el auto recurrido.

"Por lo mismo pues, en contra de lo afirmado en el auto recurrido, debe concluirse que en la demanda y en la sentencia sí quedaba comprendida la indexación de la condena.

"A mayor abundamiento debe recordarse, como se dijo ya en la liquidación que presentó la parte actora, que ese H. Consejo de Estado, en auto de diciembre 9 de 1970 (caso de Orlando Patiño Gamboa y otros) y de julio 22 de 1971 (caso de Anatolio Ramirez), ya había eceptado, en estos dos ejemplos, la actualización de

las condenas de deudas de valor, en el incidente de liquidación, no obstante no estar contenidas, con las fórmulas sacramentales que algunos exigen en las demandas y en las respectivas sentencias.

"Y más recientemente, en el caso de la Sociedad Rascovsky y Roldán Ltda., en el incidente de liquidación de la condena, con ponencia del magistrado Betancur Jaramillo también se admitió esa actualización o corrección monetaria, no obstante no estar contenida explícitamente, con fórmulas sacramentales, en la respectiva condena(vale la pena anotar que la entidad demandada aportó al proceso fotocopia de la providencia de marzo 20 de 1980, sobre liquidación de tal condena, pero sin advertir que tal providencia había sido objeto de reforma parcial mediante auto del siguiente 20 de noviembre de 1980, al resolver un recurso de reposiciónm en el cual se habló de tasas acumuladas para los efectos de la liquidación. Como este último auto no obra. en fotocopia simple del mismo).

"El mismo tratadista Javier Tamayo Jaramillo va más allá de lo hasta aquí expuesto y reconoce que puede haber indexación aún cuando el fallo en abstracto no la conceda expresamente, en lo siguientes términos:

> "En tal caso esta también *es procedente, a menos que en forma expresa* el fallo que condene en abtracto *lo niegue*, por eso, cuando la sentencia se limita a decir que el daño se liquidará con base en lo que la víctima ganaba al momento de ocurrir el hecho lesivo, el juez que liquida el perjuicio no *se estará extralimitando* en relación con las bases de la sentencia si aplica la indexación, de hecho los fallos del Consejo de Estado en que *se aplica una indexación* del 24% anual no hacen más que corroborar esta apreciación, la cual, a todas luces, nos parece justa." (Lo subrayado no es del texto. V. op.cit.,,pag 264).
>
> "Pero al margen de estos argumentos adicionales, lo cierto es que, como ya se dijo, y como no se necesitaban palabras sacramentales en relación con esta obligación o deuda de valor, en la demanda y en la sentencia si quedaba comprendida la indexación de la condena.
>
> "Y por lo mismo debe revocarse parcialmente el auto recurrido y reformarse, aceptando, por lo menos, la actualización o indexación de la condena.

"3. LA TASA ACUMULADA PARA LIQUIDAR DEUDAS DE VALOR NO IMPLICA, ESTRICTAMENTE, INTERESES DE INTERESES, Y DE IMPLICARLO, LEGALMENTE ESTA PERMITIDO.

"Desde hace tiempos, el Consejo de Estado al liquidar, bien la parte correspondiente a la corrección o actualización monetaria en las indemnizaciones, bien la correspondiente al lucro cesante e intereses, ha aplicado tanto para el factor corrección monetaria, como factor intereses (al menos para el interés puro o efectivo) fórmulas y tasas acumulativas del tipo de:

"$VF = vp\ (1+i)^{n}$

Véase, por ejemplo, para no citar sino un solo caso, el fallo proferido el 17 de mayo de 1984, en el cual se dice:

"Para el efecto, se seguirá lo utilizado por la Sección en casos similares en el sentido de aplicar un veinticuatro por ciento anual sobre el daño emergente, porcentaje en el cual un diez y ocho por ciento correspondea a la devaluación monetaria durante el período y resto, o sea el seis por ciento, corresponde al lucro cesante en forma de interés puro efectivo.

"Liquidado el porcentaje del 24% como medio para obtener la indemnización monetaria equivalente en moneda actual, con utilización de matemática financiera, desde el 27 de agosto de 1975 hasta el 27 de mayo fecha probable de la sentencia se tiene: "VF=vp (1+i) n, en el cual VF es el valor final buscado". (V.Anales, N° 481,482, pag. 744).

"Y en la providencia de marzo 20 de 1980, que la parte demandada agregó al expediente en fotocopia simple, y, en especial, en la providencia complementaria que en ese mismo incidente de regulación se produjo el siguiente 20 de noviembre de 1980, también se trabaja con tal tipo de fórmulas y de tasas acumulativas tanto para la inflación, como para el interés puro efectivo.

"Esas fórmulas con tasas acumulativas son las que se deben aplicar en el presente proceso,al momento de calcular el valor final de la condena, bien para la indexación, bien para los intereses (sean estos puros o corrientes).

"Esta conclusión se refuerza aún más, recordando al tan citado y tan querido Eduardo A. Zannoni, quien al referirse a la adecuación de la tasa de interés por la depreciación monetaria, expresa:

"...se trata del interés lucrativo contractual, que incluye un plus tendiente a resarcir, en las obligaciones a plazo, la disminución del poder adquisitivo que la moneda en el lapso que media entre el día que la obligación se contrajo y que ésta se cancela..." (V. Revelación de Obligaciones Dinerarias, pas. 24").

"Y de opinión similar es, entre nosotros, el ya citado Javier Tamayo Jaramillo, quien al referirse al interés comercial corriente expresa:

"...En cierta forma la cuantía de este interés, tal como lo acabamos de ver, permite, por una parte, que la víctima se proteja del envilecimiento de su capital, y por otra, que obtenga una utilidad neta como colocación de su dinero". (V.opcit. pag. 280. En la página 259 también habla el mismo autor del interés comercial "que comprenda, a la vez la corrección monetaria y el interés puro o lucrativo").

"El auto recurrido, siempre al auto recurrido, rechaza esta posibilidad. Dos frases sueltas que aparecen en el mismo, tal vez expliquen esta actitud:

"Así, en la página 69,se incluye ésta:

"...sin cobrar intereses de interés, pués la ley prohibe el anatocismo".

"Y en la hoja 72 del auto, se dice:

"...y teniendo el buen cuidado de no cobrar intereses de intereses".

"De nuevo hay que advertir que el auto recurrido vuelve a *pasar por alto* la calidad de obligación o deuda de valor que tiene la condena impuesta al Banco de la República.

"Trabaja el auto recurrido como si esa deuda de valor fuera en realidad una deuda dineraria, se asimilara a ellas, las únicas para las cuales si rigen o pueden regir las dos frases transcritas de las hojas 69 y 72 de la providencia.

"El tratadista, tan mencionado Javier Tamayo Jaramillo, es muy claro a este respecto. Luego de explicar que:

"...precisamente, uno de esos perjuicios consiste en la privación del rendimiento o interés que sufre la víctima, por no poner a producir las sumas que perdió por el daño emergente como por el lucro cesante..."

"y que:

"...de no haber ocurrido el daño, la víctima habría podido colocar las utilidades...a un interés financiero y por lo tanto habría obtenido ganancias adicionales",

"sostiene claramente:

"En principio, el Juez no está supeditado...ni a la prohibición de que los intereses produzcan nuevos intereses, puesto que en materia aquiliana la víctima tiene derecho a la reparación total y no hay lugar a la aplicación del *art. 1.617 del c.c.*, norma que *solo se aplica a las obligaciones dinerarias contractuales...*" (Lo subrayado no es del texto V.op cit. pags. 276, 278 y 279).

"Y más adelante reitera, al hablar de los intereses de intereses:

"...en materia aquiliana la víctima tiene derecho al pago de todo el daño sufrido; para nadie es difícil comprender que si el daño no se hubiera producido, la víctima habría utilizado sus ganancias en una inversión que le hubiera producido nuevos beneficios" (op.cit.pag 281).

"A la luz de esta doctrina del tratadista Tamayo Jaramillo, compartida por buena parte de doctrinante, es claro que se debe reformar y revocar parcialmente el auto recurrido para que se tenga en cuenta, en la liquidación de los valores correspondientes, tanto en cuanto a la tasa de inflación o de depreciación, como en la tasa de interés puro o en la tasa de intereses corrientes, estas fórmulas, ya indicadas, con tasas acumulativas.

"4. PROTECCION PARA QUIENES REPRODUCEN Y UTILIZAN ILICITAMENTE LOS DERECHOS DE AUTOR.

"El auto recurrido el 25 de agosto terminó aceptando, extrañamente, en esta materia de las regalías que le correspondían a mi poderdante, el dicho de los peritos contables, en vez de los peritos artísticos, los cuales peritos contables terminaron fijando, en verdad, una regalía muy reducida.

"Para ello, dicho auto recurrido termina refiriéndose, como puede verse en sus hojas 67 y 68, a una disposición, solamente, de la resolución N°050 de agosto de 1970.

"Como se advirtió en el mismo memorial con el que se presentó la liquidación, dicha resolución tiene varias artículos (sic) (no uno solo) y ella fue guía de la liquidación presentada por la parte actora (ver. por ejemplo fol. 19 del auto recurrido).

"La disposición, que se transcribe en la página 68 del tan nombrado auto no tiene el alcance y el sentido que le atribuyen los peritos contables y que termina admitiendo el Despacho.

"La misma se refiere, única y exclusivamente, a la regalía o participación que el Banco cobrará a los fabricantes por el derecho de colocar estas monedas en los mercados del exterior. Es por así decirlo, una regulación muy distinta, a la que rigió para el mercado colombiano, donde por cierto se colocaron al mayor número de monedas.

"Y la misma disposición, además, solo está estableciendo un límite inferior: la regalía que se cobrará por esas monedas para el mercado del exterior, *no debe ser inferior, no puede ser inferior* al 20%."Es muy diferente el evento de esas regalias, originadas en el exterior, del de las utilidades que se produjeron en el mercado colombiano, con la venta de las monedas destinadas el mercado interior.

"Por otra parte, lo máximo que estaría indicando la disposición comentada, es que la regalía a la que tendría derecho mi poderdante por las monedas colocadas en el mercado exterior, no podía ser superior a la regalía que cobró al **fabricante** el Banco de la República. Pero esto en principio está de acuerdo con la liquidación presentada, en la cual, como regalía y honorario que le corresponde a la diferencia entre el valor nominal y el valor numismático o de venta, de tales monedas.

"Es claro que la regalía que debe pagar el Banco de la República, por la reproducción ilícita, sin derecho, de la obra del maestro Gómez Jaramillo es, en este evento, muy diferente de la que tendría que pagar si hubiera obtenido el permiso la reproducción y, simplemente, no se hubiera convenido por tal reproducción.

"Como lo señala el tratadista Molás Valverde, en los textos que se acompañan es fotocopia con este memorial:

> "...debe tenerse en cuenta que si el autor no tiene tarifa que le obligue a conceder el permiso para el uso de su obra, con mayor razón puede elevar considerablemente la cuantía del daño y del perjuicio en los casos de reproducción,.....de su obra, sin ni siquiera solicitar aquel permiso..."(V.Propiedad Intelectual. Suma Jurídicas para la Práctica Forense, pag. 128).

"Por lo mismo de acuerdo con esta doctrina, que tiene sólidos antecedentes universales como se explicó en el memorial de liquidación presentado por la parte actora y una vez desvirtuado el argumento de los peritos contables para reducir la suma o valor de la regalía, se imponía y se impone aplicar, en la forma solicitada, lo preceptuado en el art. 101 de la ley 86 de 1946.

"La mínima regalía que le terminaron reconociendo o asignando al Banco de la República los perítos contables permite, en contra de las disposiciones legales el enriquecimiento con la utilización ilícita, sin permiso, de las obras literarias o artísticas.

"Cualquiera puede reproducir o publicar una obra, ilícitamente, sin el permiso y el consentimiento del titular del derecho de autor y pagar la regalía ordinaria como si en realidad el autor o el titular del derecho hubiera dado tal permiso.

"Es una doctrina que implica la desprotección del derecho de autor y la protección para quienes reproducen y utilizan ilícitamente dichos derechos.

"Por lo mismo, en este punto también se deberá revocar parcialmente y reformar el auto recurrido, accediendo a fijar la regalía que le corresponde a la demandante, en la forma solicitada en el memorial de liquidación.

"*Otro sí.*- Así mismo, y como se solicitó en el memorial de liquidación, el lucro cesante se deberá reconocer a partir de el mes de abril de 1971 cuando se pusieron en venta las monedas, pues es a partir de tal fecha, de conformidad con las dispociciones legales aplicables, directamente o por analogía, que se hacía exigible, al no existir pacto en contrario, el valor de las regalías y honorarios que le correspondían a la demandante.". (fls.476 a 497, Cdno N° 1-A).

- II -

CONDUCTA PROCESAL DEL APODERADO DEL BANCO DE LA REPUBLICA

Dentro del término de ley, el mandatario judicial del centro de imputación jurídica demandado se opuso a la prosperidad del recurso. En el escrito que obra a folios 498 y siguientes del Cuaderno N° 1-A, defiende su perspectiva jurídica así:

I.- LA ACEPTACION DE LA PARTE DEMANDADA:

"a) El recurrente se basa en la primera parte del 4° inciso del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, cuyo texto afirma que "El Juez aprobará de plano la liquidación que expresamente acepte la parte obligada".

"Es obvio que la presentación hecha por el recurrente pretende cercenarle al juzgador la posibilidad que la misma ley le conoce a renglón seguido. En efecto, la supuesta "aprobación de plano" deja de ser un imperativo absoluto para el juzgador ya que la norma indica también que "En caso contrario..." o sea, en el caso de que el juzgador no apruebe de plano la liquidación expresamente aceptada, "decretará las pruebas pedidas y las que considere convenientes...". Esto fue precisamente lo que hizo el honorable Consejo de Estado como consta en autos.

"Lo anterior demuestra de una parte que la supuesta aprobación de plano no es absoluta como para que obligue coercitivamente al juzgador, y de otra, que aceptar la tesis de recurrente implicaría necesariamente restringirle al juzgador la "libre apreciación racional de las pruebas" que por antonomasia le corresponde, como principio universal del derecho procesal que es.

"b) Tampoco es cierto que el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil esté "admitiendo, sin ninguna clase de condicionamientos, pura y simplemente, la aceptación que por una parte haga de la liquidación presentada por la otra parte", entre otras razones porque la liquidación aceptada por la parte demandada nunca fue la presentada por la "parte favorecida", tal como dispone el mismo artículo 308 del Código de Procedimiento Civil. Por consiguiente, no puede tratarse de que "quien pueda lo más puede lo menos", o de que, "en lo que está lo más esté lo menos".

"Por todo lo anterior, es claro que no procede ni reformar, ni revocar, ni adicionar, ni aclarar total o parcialmente el acto recurrido.

2.- EL PROBLEMA DE LAS DEUDAS DE VALOR FRENTE AL "PETITUM" DE LA DEMANDA ORIGINAL.

"a) El recurrente sostiene que el Consejo de Estado tomó la expresión de la sentencia "...entre otras..." en un sentido que no tiene, pues considera que con

tal expresión "se quiere indicar que la lista es enunciativa, que no es taxativa y que como consecuencia de ello el Consejo de Estado no tomó otras "pautas o bases de la liquidación".

"Para el apoderado de la parte demandada es claro que evidentemente al decir la sentencia que "...se seguirán entre otras las siguientes pautas:", el Consejo de Estado estaba aceptando que se trataba de una lista enunciativa pero que, precisamente por ser enunciativa dicha "lista de pautas" el juzgador le estaba concediendo al liquidador la plena autonomía para utilizar o no otras pautas o bases de liquidación, diferentes y adicionales a las que había señalado la sentencia, precisa y sencillamente porque le estaba reconociendo la libre apreciación racional y discrecional para discernir si debía utilizar, además de las indicadas por el Juzgador, otras bases y otras pautas para efectuar la dicha liquidación.

"b) Indica también el recurrente que el Honorable Consejo de Estado "también está pasando por alto la calidad que tiene la obligación impuesta al Banco de la República de obligación o 'deuda de valor'", siendo que "en ningún momento se trata de una obligación dineraria".

"Por deuda dineraria simple, generalizada, u obligación pecuniaria "se entiende aquella deuda cuyo objeto de su prestación es una determinada suma o cantidad de dinero entendida en moneda de curso legal del lugar del pago" (las deudas de dinero- Editorial Civitas S.A.- Madrid 1981- Primera Edición, Pág.291).

"Por deuda dineraria final o "de valor" se entiende "aquella relación jurídica obligatoria en la que su prestación, inicialmente supone un valor económico o patrimonial determinable y que, finalmente, se realiza en una moneda de curso legal"(ibídem, pág 291). En esta última, "el objeto inicial de su presentación no viene constituido exclusivamente por una suma o cantidad de dinero, sino por un poder adquisitivo o valor patrimonial concreto, el cual, ante ciertas dificultades de su prestación en forma específica en su aumento final, al cumplimiento, se suele pagar en dinero" (ibidem, pág 313).

"De acuerdo con estas definiciones, la distinción que pretende introducir el recurrente no es válida, puesto que las llamadas "deudas de valor", tambien lo son en definitiva "dinerarias".

"Ahora bien, la queja del recurrente se centra injustamente en que la liquidación hecha por el Honorable Consejo de Estado desconoce que la obligación impuesta al Banco de la República constituye, una deuda de valor. Digo injustamente, porque si el Alto Tribunal no lo hubiera reconocido así, habría determinado que el Banco le pagará a la demandante unicamente el monto de lo que encontró probado como daño emergente en la fecha en que ocurrió jurídicamente tal daño.

"Como es fácil deducir, para el recurrente basta incluir genéricamente en el "Petitum" de la demanda "la indemnización de los perjuicios causados", que por ese sólo hecho el liquidador debe incluir en el monto de la indemnización la actualización, indexación o corrección monetaria.

" Sinembargo, como también se puede colegir de las citas que hace el apoderado de la demandada, la tesis expuesta no está respaldada por el mandato explícito de una norma jurídica, como para que el Honorable Consejo de Estado tuviera que proceder imperativamente en el sentido indicado por el recurrente. Por consiguiente, no se trata de que el Alto Tribunal haya exigido el "uso de palabras sacramentales".

"Insiste también el recurrente en que la expresión utilizada por el Honorable Consejo de Estado en su fallo del 13 de octubre de 1977 en el sentido de que los daños materiales debían liquidarse dentro del incidente de regulación de perjuicios, teniendo en cuenta "entre otras las siguientes pautas:", es enunciativa y no táxativa, y que, por consiguiente, "en la sentencia sí quedaba comprendida la indexación de la condena".

"Resulta que si por "pautas" se entiende "cualquier instrumento o norma que sirve para gobernarse en la ejecución de una cosa", o cualquier "dechado o modelo", el Honorable Consejo de Estado bien podía haber tomado optativamente como base para la liquidación de los perjuicios un "modelo, instrumento o norma", que implicara necesariamente o no, la actualización monetaria. De hecho optó dentro de la "enunciación" que hizo la sentencia, por establecer como base para la liquidación un daño emergente de $618.937.64, por encontrarlo probado dentro del proceso.

"La cita que presenta el recurrente en el sentido de que "puede haber indezación a un (sic) cuando el fallo en abstracto no la conceda expresamente", "a menos que en forma expresa el fallo que condene en abstracto la niegue", merece aclarar que la sentencia del 13 de octubre de 1977 limitó evidente y expresamente la indexación cuando dijo que "El lucro cesante no podrá exceder del monto de los intereses corrientes", y eso fue precisamente lo que hizo el liquidador.

3.- EL ANATOCISMO Y SU SUPUESTA LEGALIDAD:

"Dadas las normas jurídicas actualmente en vigor, para nadie puede ser evidente que el anatocismo se encuentre permitido por la ley como lo afirma el recurrente. Tan cierto es lo anterior, que ninguna de las citas que presenta hace referencia siquiera remota a la norma jurídica en donde esté prevista una tal permisión legal.

"En consecuencia, si una "tasa acumulativa" implica el cobro de intereses sobre intereses", no puede estar permitida legalmente y por consiguiente, no puede ser tomada en cuenta en la liquidación de los perjuicios. Esta sola razón

es necesaria y suficiente para desechar el fundamento número "3" del recurso interpuesto por el apoderado de la demandante.

"Como consecuencia de lo anterior, no hay lugar para revocar, reformar, adicionar o aclarar el auto que decidió el incidente de liquidación de la sentencia del 13 de octubre de 1977 y que fue calendado el dia 25 de agosto de 1989.

"4.- EL PROBLEMA DE LAS REGALIAS:

"Se queja el recurrente de lo reducido de la regalía tomada en cuenta por el liquidador de los perjuicios.

"Resulta que el monto de las regalías que percibió la cuenta por el liquidador de Cambios por las ventas de las monedas que fueron realizadas en el exterior, quedó debidamente probado dentro del incidente de regulación con las copias de las papeletas de la contabilización efectuada el 11 de octubre de 1972, y éste fue precisamente el monto que sirvió de base para la determinación de la utilidad neta obtenida, tal como obra en la página 59 (folio 66) del auto que resolvió el incidente de liquidación de los perjuicios y en lo relacionado con la utilidad neta obtenida por la venta de las monedas en el país, también resultaron demostradas en debida forma las cuantías que aparecen reseñadas en el folio aquí citado y, por consiguiente, tomadas en cuenta como base de la liquidación de los perjuicios a cargo de mi poderdante.

"5.- CONCLUSION:

"Según mi leal saber y enteder, estimo que los argumentos por mi expuestos son claros y contundentes como para permitirme proponer muy respetuosamente a la Honorable Sala que se sirva decidir el recurso de reposición interpuesto, de manera desfavorable a las pretensiones del apoderado de la demandante, y que, como consecuencia de ello, declare que no encuentra viables jurídicamente las razones expuestas por el recurrente para revocar, reformar, adicionar, o aclarar el auto que decidió el incidente de regulación de perjuicios aquí referido y confirme en su integridad las tres resoluciones de que trata el auto del 25 de agosto de1989.".

- III -

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La sala procede al estudio de todas las circunstancias particulares del caso, en el mismo orden en que han sido presentadas por el procurador judicial de la parte actora.

PRIMERA. "ACEPTACION EXPRESA POR LA DEMANDADA DE UNA BASE MAYOR DE LIQUIDACION." Cuando se presentó la demanda

contra el Banco de la República, el dia quince (15) de junio de mil novecientos setenta y tres (1973), necesariamente se partió del supuesto jurídico ajustado a derecho o no, de que era un establecimiento público descentralizado, del orden nacional, pues no de otra manera habría sido posible plantear el conflicto de intereses dentro del marco de la filosofía que informa la acción de representación directa, pues el artículo 30 del Decreto 528 de 1964, disponía expresamente que la Sala de lo Contencioso Administrativo conocía: "De las controversias sobre responsabilidad de la administración o de los establecimientos públicos descentralizados del orden nacional, por sus actualizaciones, omisiones, hechos, operaciones y vias de hecho, cuando la cuantía sea o exceda de cien mil pesos". Frente a esta verdad jurídica, se impone concluir que, dentro del incidente que liquidó la condena en abstracto, el referido centro de imputación jurídica no podía aceptar la liquidación que le presentaba la parte actora, pues el artículo 199 del Código de Procedimiento Civil, en lo pertinente preceptúa:

> "Art. 199. Decalraciones e informes de representantes de la nación y otras entidades públicas. No vale la confesión espontánea de los representantes judiciales de la nación, los departamentos, las intendencias, las comisarias, los municipios y los establecimientos públicos.
>
> "Tampoco podrá provocarse la confesión mediante interrogatorio de dichos representantes, ni de las personas que lleven la representación administrativa de tales entidades...".

El Dr. Carlos BETANCUR JARAMILLO, al comentar el alcance del artículo 308 del C. de P.Civil, enseña:

> "Aunque el antecitado art. 308 es bastante claro, debemos anotar que *la entidad pública vencida no podrá aceptar la liquidación que presente la parte favorecida con la sentencia ni el juez aprobarla de plano.* Esta solución negativa tiene su respaldo en el hecho de que la administración no puede allanar y se refuerza con la incapacidad que para confesar tienen los representantes de las mismas entidades públicas. En estas condiciones y para todos los casos, el incidente de regulación tendrá que tramitarse en su integridad...Con todo, cuando la condena en abstracto se imponga a una sociedad de economía mixta o a una empresa industrial o comercial del Estado, en procesos contractuales o de reparación directa y cumplimiento, las entidades podrán aceptar expresamente la liquidación que presente la parte favorecida con el fallo; caso en el cual el juzgador la aceptará de plano, terminándose así el incidente. Esta solución encuentra su respaldo en el art. 218 del c.ç.a, puesto que esas mismas personas podrán allanarse a la demanda en los términos de los artículos 93 y 94 del c. de p.c.," (Derecho Procesal Administrativo. Segunda edición, 1989. Señal Editorial, pags. 427 y 428). (Subrayas de la Sala).

Pero es más: Si se detiene la parte impugnante en el estudio del Cuaderno N° 1A, que recoge toda la actuación del incidente, encontrará que por auto calendado

el día veintiseis (26) de enero de mil novecinentos setenta y ocho (1978), el consejero conductor del proceso ordenó correr traslado al demandado de la liquidación presentada por el mandatario judicial de la parte actora, y ésta, en escrito visible a folios 35 y siguientes del mismo cuaderno, la *OBJETO*, diciendo:

> "Empiezo por objetar de la manera más vehemente la multimillonaria liquidación que hace el apoderado de la actora de la obligación mencionada y que, en síntesis, y faltando -según él- datos de otros factores, calcula en la desmesurada cifra de VEINTISIETE MILLONES OCHOCIENTOS VEINTE MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS (27'820.374.oo) MCte, como perjuicios resultantes de un negocio de acuñación que apenas le produjo de utilidad neta a la cuenta de cambios del Estado Colombiano en el Banco de la República la suma de DOS MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS VEINTE PESOS ($2.979.520.oo), más una regalía de MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y NUEVE DOLARES CON NOVENTA Y NUEVE CENTAVOS DE DOLAR (US$1.699.99), y que versó en parte sobre los derechos de propiedad intelectual que la propia demandante avaluó en la sucesión de su esposo, el autor del cuadro, en la suma de DIEZ MIL PESOS ($10.000.oo) M/Cte."

Dentro del marco de circunstancias que se deja enlistado, resulta irreversible para la Sala que el apoderado del Banco de la República, al corrérse el traslado que se le dió del dictamen pericial rendido por lo Doctores Luis Fernando Gutierrez T. y Manue José González Sánchez, haya considerado que el monto de la indemnización era de DIECIOCHO MILLONES CIENTO DIECIOCHO MIL OCHOCIENTOS SEIS PESOS CON SESENTA CENTAVOS ($18'118.806.60), pués él no podía allanarse ni confesar, por prohibición expresa de la ley. Agrégase a todo lo anterior que la aceptación o rechazo de la liquidación no se hace en el momento en que se controvierte la prueba, sino en el que corresponde al traslado de la que presentó la parte actora, siendo entendido, además, que el error en que incurran las partes o los auxiliares de la justicia, al proyectar el alcance de la sentencia, cuya condena en abstracto se liquida, no podrá tener jamás fuerza vinculante para sentenciador. Reiteradamente ha dicho la Sala que al liquidarse la condena en abstracto no le es posible a las partes salirse del marco de la sentencia, ni hacer pronunciamientos que no están contenidos en ésta. Aceptar la tesis contraria sería dejar sin efectos y la cosa juzgada, que de certeza y seguridad jurídicas.

SEGUNDA. "LA ACTUALIZACION DE LOS PERJUICIOS EN LAS LLAMADAS 'DEUDAS DE VALOR' NO REQUIERE DE FORMULAS SACRAMENTALES"

La Sala no se hace la perspectiva que maneja el apoderado de la parte actora, bajo el rubro de la referencia, cuando predica que al utilizar el sentenciador la expresión 'ENTRE OTRAS', quiso hacer una lista enunciativa y no taxativa de pautas, motivo por el cual la actualización de los perjucios era procedente por tratarse de 'DEUDAS DE VALOR', Si la tesis fuera de recibo, el alcance de la

condena se fijaría, no en el fallo, sino en el incidente, con lo cual se afectaría la cosa juzgada, y las sentencias se tornarían facilmente incongruentes.

Así como los hechos históricos y la conducta de los hombres demandan su valoración a la luz de las circunstancias que existían en el momento en que se dieron, también la jurisprudencia se va ambientando dentro del marco de circunstancias que genera la vida social. Por ello no puede perderse de vista que la demanda con que se inició el presente proceso, se presentó el 15 de junio de 1973, y el fallo se profirió el 13 de octubre de 1977, esto es, cuando todavía no se había abierto paso en los altos tribunales del país la jurisprudencia que acepta la corrección monetaria. Sobre este particular la Corte Suprema de Justicia, en fallo de 15 de septiembre de 1983, con ponencia del magistrado Dr. Humberto Murcia Ballén, recuerda esa circunstancia particular del caso, al destacar:

> "Ya la Corte Suprema de Justicia, desde su fallo de 24 de abril de 1979, apoyándose en los principios generales del derecho, aceptó la corrección monetaria..." (Jurisprudencia Civil. Corte Suprema de Justicia. 1980-1984. Editora Juridica de Colombia. Editorial Tiempos Duros, pag. 95).

Ubicado el conflicto de intereses, y el fallo que lo desató, en el tiempo físico, no aparece elemento de jucio alguno que permita concluir que en la demanda y en el fallo se recogió y decidió algo sobre corrección monetaria. El derecho-enseñaba Holmes- no es lógica sino experiencia, y ésta, en el caso en comento, no viene en apoyo de las pretensiones del procurador judicial de la parte actora, pues ni cuando demandó, ni cuando se fallo el proceso, se había abierto paso, en la jurisprudencia, la filosofía de la actualización de las condenas. Esta realidad explica bien que a lo largo del proceso el apoderado de la parte actora no hubiese formulado pretensión alguna sobre corrección monetaria y también que en la sentencia nada se hubiese ordenado sobre el particular, La jurisprudencia de la Sala es exigente cuando precisa que la oportunidad para solicitar la corrección monetaria se brinda sólo en la demanda, con el fin de permitirle a la contraparte que sobre el particular también ejercite el derecho de defensa. Por lo demás, ella no se puede decretar de OFICIO. En apoyo de ésta perspectiva jurídica puede citarse el fallo de la H. Corte Suprema de Justicia, que en sentencia de 12 de agosto de 1988, dijo:

> **"Tal vez uno de los problemas más debatidos dentro del tema de la revalorización judicial de las obligaciones en dinero, es el concerniente a si el fallador puede decretarla de oficio, o si, por el contrario, necesita de petición de parte en tal sentido.**
>
> **"Quienes sostienen la viabilidad del reajuste de oficio se apoyan, básicamente, en que esa función del Juez el aplicar las normas de derecho que gobiernan el caso litigado (*Iura novit curia)* y que un buen juez no podría acoger la aplicación que se le pide cuando con ella se prohija un enriquecimiento injusto, o más generalmente, se vulneran los principios fundamentales de la**

"De otro lado, quienes le niegan cabida al decreto *ex officio* de la valorización monetaria parten de observar que ello no es de recibo dentro de un sistema procesal gobernado por el principio dispositivo. Que, por ende, al juez no le es permisible decidir más que sobre lo que se le hubiera pedido, máxime cuando también se establece por la ley que la sentencia debe guardar armonía con las pretensiones del actor. De lo contrario, el derecho de defensa, garantizado constitucionalmente, resultaría conculcado (cfr. MOISSET DE ESPANES, PIZARRO,VALLESPINOS,'inflación y actualización monetaria', p.142 y ss.).

"Este segundo criterio cuenta con dos enfoques diferentes: uno, que exige que la petición de revalorización venga en la propia demanda incoativa del proceso. Y otro, menos exigente, que admite que la solicitud correspondiente pueda elevarse en ulterior oportunidad, por ejemplo en el alegato de conclusión, siempre y cuando la parte llamada a responder tenga la oportunidad de impugnarla (cfr. CAZEAUX y TEJERINA, 'Reajuste de las obligaciones dinerarias'.p.243 y ss.).

"En los países que, por virtud de los altos y constantes índices de inflación, ven sometida su moneda a una permanente y notoria desvalorización, nadie discute hoy día que dicho fenómeno es, en si mismo, un perjuicio cuya indemnización es jurídicamente de recibo, cuando a ello hubiere lugar. Dicho perjuicio, también ha sido expuesto, encaja dentro de la noción de daño emergente. Ello es lo que sucede en Colombia y en tal sentido se ha orientado la jurisprudencia de la Corte durante la última década cuando ha abordado problemas concernientes al resarcimiento de daños provenientes del incumplimiento, o del cumplimiento tardío o defectuoso de una obligación contractual, o del quebrantamiento del deber general del *neminem laedere*".

"Ahora bien: no es dable reconocer que en el derecho colombiano, en materia civil, la facultad de proceder ex oficio, atribuible al fallador, es excepcional y que, por lo consiguiente, la misma ha de estar asentada en una concreta disposición legal.

"Salvo más que todo, algunas reglas de carácter procedimental (v.gr .art.72 del C.de P.C.), esa disposicion, en punto de indemnización de perjuicios, no existe. Menos todavía cuando estos conciernen a la desvalorización de la moneda. "En consecuencia, como una primera conclusión se impone el anotar que, en la referencia materia, al juez no le es posible ordenar *motu proprio* la revalorización de la suma adeudada. O sea, a ese propósito, se debe contar con una petición de parte." (Proceso Ordinario de Luis Alberto Manzur y otro contra Hernández Marin Naranjo.).

Para responder a los reparos que el demandante hace al auto impugando, en el sentido de que se ha debido actualizar la condena, la Sala recuerda que en la pauta e) del fallo, el sentenciador dispuso que a título de lucro cesante se hiciera un

reconocimiento que no podía exceder "*...del monto de los intereses corriente...*". Con esta filosofía, es incuestionable que el fallador la estaba excluyendo para evitar un resultado "*confiscatorio*" , para utilizar el mismo concepto de que se vale Eduardo A. Zannoni, cuando se ocupa de estudiar ésta problemática. Este, sobre el particular, enseña:

"IMPLICABILIDAD DE LA TASA DE INTERES CORRIENTE. Cuando se actualiza el valor de la indemnización en razón de la depreciación monetaria, *no se procede aplicar la tasa que cobra el Banco...* en sus descuentos ordinarios. Esta doctrina encuentra apoyo en los casos en que el crédito del actor ha sido revalorizado en la sentencia en virtud de la depreciación de la moneda, *ya que aplicar en ellos la tasa bancaria oficial daría un resultado confiscatorio,* como lo ha resuelto recientemente la Corte Suprema de Justicia, el 14 de octubre de 1976.

"2. INTERES PURO: FUNDAMENTO. En tanto los intereses moratorios son uno de los rubros de la indemnización, está implícito en la facultad otorgada por el art. 165 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación l*a atribución del tribunal de disminuir las tasas de intereses cuando se aplican sobre un capital incrementado por la incidencia de la depreciación de la moneda.* En ese supuesto, *al tiempo de fijar el resarcimiento debe evitarse que a través de los intereses se haga gravitar nuevamente y de manera encubierta el deterioro del signo monetario, de allí la doctrina de los denominados 'INTERESES PUROS'. La 'PUREZA' de los intereses lleva a que en la determinaciónm de su tasa deba prescindirse de la proyección del deterioro del signo monetario, ya computada al sobrevaluar el capital.*

"Cuando se trata de *deudas de valor* sólo debe ser aplicada la tasa del interés 'puro', esto es, la que no incluye una proporción destinada a restablecer siquiera parcialmente la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. Y debe entenderse así toda vez el capital ya se ha fijado en terminos cuantitativos actualizados, pues de lo contrario el deudor soportaría el pago doble del mismo concepto por la vía de la revaluación del capital y *por medio de una gruesa tasa de interés* encaminada a la recomposición de ese mismo capital. Ahora bien, esta tasa pequeña aceptada por la mayoría de la legislación comparada y que usó la ley de moratoria hipotecaria 11.711, se aplicará solamente hasta la fecha de esta sentencia que liquida la deuda de valor y la cristaliza como deuda dineraria y recien desde allí en adelante tales intereses deberán ser computados a la tasa corriente.

"3. EL RUBRO INTERESES NO ES INCOMPATIBLE CON EL COMPUTO DE LA DEPRECIACION MONETARIA. El rubro intereses y el correspondiente a depreciación monetaria no son excluyentes entre sí. Ambos reconocen una causa diferente; los intereses, para compensar el perjuicio ocasionado por la privatización temporaria del capital, en tanto que la compensación monetaria se dirige a mantener indemne el patrimonio del acreedor que sufriría menoscabo si recibiese como reparación el monto del

"Pero entonces, la aplicación de intereses guarda relación con la desvalorización monetaria, pues es bien sabido que los intereses bancarios corrientes han ido aumentando precisamente a los efectos de compensar, en parte, la incidencia del proceso inflacionario.

"Por tanto, reajustado el crédito en función de la depreciación monetaria se originaría un enriquecimiento sin causa si sobre ese monto, así reajustado, *se volviera a calcular una tasa de interés que incluyera el plus destinado a la recomposición del capital"* (revaluación de Obligaciones dinerarias. Astrea.1977, pags 129 y ss.ss). (Subrayas de la Sala).

La filosofía jurídica que se deja transcrita explica bien que la Sala, al poner en marcha las pautas fijadas en la sentencia, para liquidar la condena en abstracto, hubiese tenido también en cuenta que en la que se precisa en el literal e), se ordena el pago de 'INTERESES CORRIENTES', situación que no se habría dado si la intención del fallador hubiese sido la de actualizar la condena.

TERCERA. LA TASA ACUMULATIVA PARA LIQUIDAR DEUDAS DE VALOR NO IMPLICA, ESTRICTAMENTE, INTERESES DE INTERESES. Y DE IMPLICARLO, LEGALMENTE ESTA PERMITIDO.

No cita el impugnante la norma legal que a su juicio permite el cobro de intereses de intereses, pero la Sala tiene la comprensión jurídica de que ese paso no ha sido dado tadavía por el legislador nacional. Por ello la filosofía sana que emana del artículo 2235 del Código Civil, que 'prohibe estipular intereses de intereses', es aplicable, por analogía, a casos como el presente.

Las citas jurisprudenciales, tomadas de fallos de la Corporación, no dan pie para concluir en el sentido en que lo hace el impugnante, pues nunca se ha tolerado ni autorizado el cobro de intereses de intereses. Tasas acumulativas no se han aplicado ni para la corrección monetaria, ni para los intereses. La cita que se hace del profesor Eduardo A. Zannoni, no da pie para concluir dentro de la perspectiva en que lo hace el impugnante. Si se lee el texto completo, que en su obra se presenta bajo el rubro: 'LA ADECUACION DE LA TASA DE INTERES', se observa que, en el párrafo que no fue citado por el memorialista, él se está refiriendo, no al cobro de intereses de intereses, sino al interés lucrativo que excluye la corrección monetaria. Por ello, allí se lee:

"Atiéndase que nos referimos al interés lucrativo que retribuye el uso del dinero que normalmente sufre los efectos de la depreciación y que por ende no es el interés puro que supone un valor monetario constante. Se lo define entonces como INTERES BRUTO que contiene una cuota por el riesgo de aquella depreciación monetaria.".

La Sala no patrocina la tesis del Dr. Javier Tamayo Jaramillo porque considera que la filosofía que se recoge en el artículo 2235 del Código Civil, es

aplicable también en materia aquiliana, a falta de norma expresa que diga lo contrario. Por lo demás, se repite, del alcance de las pautas que se fijaron en la sentencia no aparece brizna alguna de motivación que permita sostener que la intención del sentenciador se movió dentro del marco doctrinario defendido por el impugnante.

CUARTA. "PROTECCION PARA QUIENES REPRODUCEN Y UTILIZAN ILICITAMENTE LOS DERECHOS DE AUTOR"

De la literatura utilizada por el impugnante, para sustentar este cargo, se desprende que el procurador judicial de la parte actora aspira a que se deje de lado el alcance de la pauta c), fijada en la sentencia para calcular la regalía, para que se acoja en cambio la perspectiva que maneja el tratadista Molas Valverde, cuya doctrina, indica,, "...tiene sólidos antecedentes universales...". Agrega que la Sala "...terminó aceptando, extrañamente, en esta materia, el dicho de los peritos contables, en vez de los peritos artísticos, los cuales peritos contables terminaron fijando, en verdad, una regalía muy reducida.".

La Sala no acoge la perspectiva del impuganante habida consideración de que la pauta fijada en la sentencia es, a su juicio, muy clara cuando ordena: "SE TENDRA EN CUENTA LA RESOLUCION NUMERO 050 DE AGOSTO 5 DE 1970, PARA EL CALCULO DE LA REGALIA". Ya se destacó en el auto recurrido que, en el artículo 3° de la citada resolución se lee:

> "Articulo 3°. El Banco de la República cobrará a los fabricantes por el derecho de colocar estas monedas en los mercados del exterior, una regalía no inferior al veinte por ciento (20%) del precio de venta del oro, regalía que se recibirá en oro o en dolares. La utilidad que representa esta regalía, así como cualquiera otra originada en la acuñación de las monedas, ingresará a la cuenta Especial del Cambios, conforme a las disposiciones legales."

Al folio 94 del Cuaderno N° 1A, aparece el texto de la Resolución N° 050 de 1970, y que aunque es verdad que ella tiene varios artículos, de la lectura de los mismos no se infiere que para fijar la regalía exista otro criterio distinto al que se utilizó por la Sala en el proveído cuya reposición se solicita.

Es posible -en gracia de discusión- que al procurador judicial de la parte actora le asista toda la razón cuando afirma que la regalía que se debe pagar es una cuando se hace la reproducción "...ilícita, sin derecho...", y otra cuando se obtiene previamente el permiso o la autorización del autor de la obra. Pero resulta que la sentencia cuya condena en abstracto se liquida no entró en ese género de consideraciones, y, por lo mismo, no puede el fallador de ahora manejar aspectos jurídicos que no contiene el fallo. El incidente regulado en los artículos 308 y siguientes del Código de Procedimietno civil, no es oportunidad para reabrir el debate sobre el alcance del conflicto de intereses, pues debe manejrse con la filosofía jurídica que fluye del mismo. Si no se procediera así, se estaría desnaturalizando el fenómeno de la cosa juzgada, que como bien se lee en el dístico de SCACCIA,"...hace de lo blanco, negro; origina y crea las cosas, transforma lo

cuadrado en redondo; altera los lazos de la sangre y cambia lo falso en verdadero" (Cita de Eduardo J. Couture. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Tercera Edición. Ediciones Depalma. Buenos Aures, pag. 405).

La Sala hizo, en su momento, una apreciación, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, del dictamen pericial rendido por los doctores ROBERTO DE ZUBIRIA y FERNANDO CADENA JIMENEZ, que obra a folios 227 y siguientes del Cuaderno N° 1A, pero al valorar el contenido del mismo se separó de sus conclusiones, pues no las encontró ajustadas en un todo, a las pautas de la sentencia. Así, por ejemplo, al determinar el LUCRO CESANTE, no se acogió el enfoque de la 'regalía', a la luz de la Resolución N° de 1970, sino que los auxiliares de la justicia optaron por interpretar la voluntad presunta del autor, sin explicar siquiera de qué elementos de juicio se valieron para desentrañarla. Ello explica que en el dictamen correspondiente se lea:

"Partiendo de una interpretación presuntiva de la voluntad del autor al ceder los derechos de reproducción, podríamos hablar de un medio, 50%, ya que el Banco de la República no incurrió en todos los costos de acuñación y distribución.

"Como la petición se circunscribió a solicitar la participación en utilidades recibidas por el Banco, dicha participación será del 50%. En el caso de mercado exterior se tomará el Royalty desde el ingreso a la 'cuantia especial de cambios' que según el anexo 3 citado, ocurrió el 11 de octubre de 1872.".

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

RESUELVE

No se repone el auto calendado el día veinticinco (25) de agosto de mil novecientos ochenta y nueve (1989), visible a folios 415 y siguientes del cuaderno número 1A, por las razones expuentas en los considerandos de éste proveído.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

EXPROPIACION/ DERECHO DE DOMINIO/ PRESCRIPCION/ PROPIEDAD PRIVADA-Función Social.

El propietario del fundo no lo ha explotado económicamente, dándose el causal de extinción del derecho de dominio privado a favor de la Nación. Las normas agrarias son de desarrollo de la carta constitucional que define la propiedad como función social, que le impone deberes a su titular para su ejercicio, so pena de la extinción del derecho. La adquisición del dominio por prescripción es de creación legal, pasando así el bien de la persona que no lo explota a otra que sí lo hace. Por eso mismo se entiende que la prescripción sea uno de los modos de adquirir el dominio privado. En la extinción el fenómeno es más complejo. El inmueble que había salido del dominio del Estado vuelve al patrimonio de éste, quien podrá adjudicarlo a otra u otras personas que le estén haciendo cumplir su función social en la forma prevista en la ley. Muestra así la extinción una relación entre el particular explotador y el Estado y la prescripción una relación entre particulares .

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Tercera.-Santafé de Bogotá D.C., abril veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

Referencia: Expediente N° 5317 INCORA

Actor: BANCO DEL COMERCIO

Procede la sala a decidir el presente proceso, Instaurado por el Banco del Comercio contra el Incora con miras a que por esta corporación se declare la nulidad de unos actos administrativos y se hagan otras declaraciones.

Dichas pretensiones fueron formuladas así:

"Que "Se declare la NULIDAD de los siguientes actos administrativos"

"1: De la Resolución N° 03317 de 8 de julio de 1987, emanada de la Gerencia General de Incora, mediante la cual se declaró extinguido en favor de la Nación del derecho de dominio privado del Banco de Comercio sobre la totalidad del inmueble rural denominado "EL PARAISO", ubicado en jurisdicción del Municipio de Tenerife, Departamento del Magadalena, y se ordena su inscripción en la Oficina de Instrumentos Públicos competente."

"2: De la Resolución N° 051 de 8 de julio de 1987, proferida por la Junta Directiva de Incora, aprobatoria de la indicada en el numeral anterior."

"3: De la Resolución N° 05679 de 20 de noviembre de 1987, emanada de la Gerencia General de Incora, mediante la cual no se accede a reponer la Resolución citada en el primer numeral de esta petición."

"4: De la Resolución N° 19 de 13 de enero de 1988, a probatoria de la anterior, emanada de la Junta Directiva de Incora, aprobatoria de la citada en el anterior numeral."

"5: Se ordene la cancelación en el respectivo Folio de Matrícula Inmobiliaria de las inscripciones efectuadas en cumplimiento de la Resolución N° 04712 de 24 de octubre de 1985, que dió comienzo al Proceso de Extinción del dominio."

En los hechos de la demanda, presentada el 22 de marzo de 1988, se dice (según la síntesis de la fiscalía):

"Que el Banco de Comercio es el propietario del inmueble afectado con la declaración de extinción del dominio contenida en las resoluciones demandadas."

"El mencionado predio delimitado según los linderos que se señalan en la demanda, lo adquirió el Banco del Comercio en octubre de 1979, por remate en el proceso ejecutivo con título hipotecario promovido por el Banco en contra de los señores Antonio y Yesid Turbay."

"Iniciando por el INCORA el procedimiento administrativo tendiente a declarar o no extinguido el derecho de dominio privado sobre el predio en mención, se realizaron las diligencias que establece la ley. Ante el desistimiento de la inspección ocular con intervención de peritos presentada por la parte interesada, el INCORA practicó en forma oficiosa la diligencia de alinderación. En el acta de dicha diligencia se dejó constancia sobre la ocupación de predio por un grupo de personas, quienes manifestaron ser poseedores en nombre

propio sin reconocer dominio privado. También se dejó constancia sobre el tiempo de antigüedad de los diferentes ocupantes."

"La actuación administrativa terminó con la declaración de extinción de dominio del Banco de Comercio en el predio "El Paraíso".

Para la parte actora, los actos impugnados quebrantan en forma directa las siguientes normas positivas:

"Constitución Nacional, Artículos 16,20,26,28 y 30; Código Civil, Artículo 946, 947,950 y 952, 2.535; Artículo 1°, de la ley 50 de 1936, todos los anteriores por falta de aplicación; 1o y 6 de la Ley 200 de 1936, modificados por los Artículos 2 y 3 de la ley 4a. de 1973, por indebida aplicación; Artículos 26 de la ley 135 de 1961, y 6°, del Decreto Reglamentario 1577 de 1974, por interpretación errónea."

En ese mismo libelo se cuestiona la constitucionalidad y legalidad de la normatividad existente que permite la extinción del derecho de dominio y se hacen reflexiones de política agraría.(a folios 56 y ss). Se observa así que la parte actora no cuestiona la fundamentación fáctica que tuvo en cuenta el Incora para declarar la extinción del derecho de dominio, ni pone en tela de juicio el hecho de la explotación por parte de terceros ocupantes que no reconocen derecho ajeno.

Para resolver, se considera:
Para la Sala, la demanda no está llamada a prosperar. Para hacer esta afirmación acoge la vista fiscal. En este escrito que obra a folios 274 y ss, se lee:

"En relación con los cargos que se formulan en la demanda, el primero de ellos transcrito en lo esencial en el párrafo inmediatamente anterior, este despacho observa que él se refiere a las leyes agrarias y específcamente a la Ley 135 de 1961 y 2000 de 1936, sobre la adquisición de tierras para los fines y propósitos de la reforma agraria, y no a los actos administrativos que se demandan."

"Las resoluciones acusadas son tan sólo el resultado o culminación de un procedimiento administrativo ordenado en la leyes y decretos pertinentes que rigen la materia. La acusación que se formula en este primer cargo no ataca, como ya se dijo, en forma directa los actos que se pretenden anular, sino las disposiciones de orden legal en las cuales se fundamentó el procedimienmto de extinción del dominio, normas éstas que no son objeto de juzgamiento y que deben aplicarse mientras tengan vigencia. Así pues, cuando el INCORA llevó a cabo todo el procedimiento tendiente a declarar o no extinguido en todo o en parte el derecho de dominio sobre el predio rural denominado "El Paraíso" siguiendo lo establecido en la ley agraria, estaba cumpliendo con lo allí exigido; en consecuencia los actos administrativos dictados en desarrollo y aplicación de esas normas especiales que regulan la materia, se presumen legales."

"El segundo cargo se basa en la indebida aplicación de los artículos 6° de la ley 2000 de 1936 y la leyes que la modifican. Considera el actor que la sanción y extinción del dominio de un predio a que la sanción o extinción del dominio de un predio a que se refiere la norma citada, está consagrada únicamente para el propietario que no explote económicamente el predio, pero la presencia de colonos en un predio no es casual para dar aplicación a la extinción de dominio."

"Entiende mal el actor, pues la presencia de colonos dentro de un predio rural, no se ha tenido -ni podría tenerse- como causal para declarar extinguido el derecho de dominio dobre el inmueble. Lo que sucede, y en eso no nos equivocamos ni nos engañemos con falsos planteamientos, es que en la práctica, la presencia de colonos de un predio indica por lo general la falta de explotación económica del fundo por parte de su propietario."

"En el presente caso, las copias de las diligencias administrativas practicadas por funcionarios del INCORA, como fueron el exámen y visita previa (fl. 74) y la alindación de zonas (fl. 114 y ss), señalan con toda claridad que en "El Paraíso" existían un número considerable de colonos distribuidos en todo el predio, que no reconocieron vínculo de dependencia con el propietario y que venian explotando el predio desde hacía varios años, siendo esta la única explotación existente para la época en que se practica la primera visita en abril 25 de 1985.

"En el informe posterior de marzo 26 de 1987 (fl.114) expresamente se dejó consignado lo siguiente: "Por parte del propietario no se adelanta explotación alguna. El inmueble está explotado por dieciocho (18) familias campesinas en pasto de la variedad guinea, kikuyo y estrella africana, explotación que se describirá en el capítulo de Ocupantes"."Es un hecho incontrovertible, que el propietario del fundo "El Paraiso" no lo ha explotado economicamente. Más aún, el actor así lo acepta y no trató de desvirtuarlo durante el proceso. Debe así concluirse que en el presente caso se dió la causal del art. 6° de la Ley 200 de 1936 en cual establece la extinción del derecho de dominio privado a favor de la Nación, cuando el propietario de un predio rural ha dejado de ejercer la posesión en los términos del art. 1° de la citada ley durante tres (3) o más años continuos.

"Tenemos púes que la Resolución N° 003317 de 8 de julio de 1987, po medio de la cual se declaró extinguido el derecho de dominio privado sobre la totalidad del inmueble "El Paraiso", aplicó en debida forma la causal de expropiación consagrada en el art. 6° de la ley 200 de 1936."

Para la sala la opinión de la fiscalia merece acatamieto. En primer término porque la parte actora, en lugar de cuestionar los supuestos de hecho de los actos impugnados, se redujo a hacer reflexiones críticas en torno a la legislación agraria general, dando a entender que la extinción del derecho de dominio en la forma concebida es inconstitucional e implica la pérdida del derecho sin indemnización

concebida es inconstitucional e implica la pérdida del derecho sin indemnización alguna, por la inexplotación en un lapso de 3 años en contraste con los 20 de la prescripción extintiva establecidas en la ley.

Se olvida el actor que las normas agrarias son desarrollo de la carta constitucional que define la propiedad como función social y que le impone deberes a su titular para su ejercicio, so pena de la extinción del derecho.

Normatividad legal que ha sido declarada constitucional por la Corte Suprema de Justicia en múltiples oportunidades, en sus distintos desarrollos; circunstancias que impide apelar de nuevo a la inaplicación de la misma. Al respecto pueden citarse las sentencias de dicho organismo de 6 de noviembre de 1967 y 11 de diciembre de 1964, mediante las cuales se declaran exequibles los artículos 6 de la ley 200 de 1936 y 22 de la ley 135 de 1961.

Se observa, finalmente, que en la demanda se confundan dos fenómenos bien diferentes: el de la prescripción extintiva de la acción de dominio de un bien raiz por haberlo adquirido su poseedor material por usucapión y el de la extinción del derecho de propiedad por inexplotación. Son tan disímiles estas dos situaciones que sobra hacer su diferenciación. Baste pensar que la extinción del derecho de dominio tiene raigambre constitucional, ya que la carta quiere que la propiedad cumpla su función social y por eso le impone al titular del derecho el deber de explotación. En otros términos, en razón de esa función, sobre dicho derecho pende una condición resolutoria: la de volver al patrimonio del Estado un caso inexplotación por el dueño.

En cambio, la adquisición del dominio por prescripción es de creación legal, pasando así el bien de la persona que no lo explota a otra que sí lo hace. Por eso mismo se entiende que la prescripción sea uno de los modos de adquirir el dominio privado. En la extinción del fenómeno es más complejo. El inmueble que habia salido del dominio del Estado vuelve al patrimonio de éste, quien podrá adjudicarlo a otra u otras personas que le esten haciendo cumplir su función social en la forma prevista en la ley. Muestra así la extinción una relación entre el particular explotador y el Estado y la prescripción una relación entre particulares.

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:

Deniéganse las súplicas de la demanda.
Costas a cargo de la parte demandante.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 23 de abril de 1992. *Daniel Suárez Hernández*, Presidente de la Sala, *Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta. Ruth Stella*

DEMANDA-Ineptitud/ ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/ JURISDICCION ROGADA

Resulta equivocado exigir el restablecimiento del derecho sin antes pedir la nulidad del acto que generó los supuestos perjuicios alegados, pues mal podría el fallador disponer tal restablecimiento cuando el acto sigue vigente y amparado por la presunción de legalidad que, por lo mismo, impide el restablecimiento del derecho mientras la legalidad del acto permanezca vigente. Tal irremediable preterminación no puede suplirla oficiosamente el Consejo de Estado porque ello contraría el principio según el cual la jurisdicción contencioso administrativa es ante todo rogada, no oficiosa, y, por consiguiente, no le está permitido al fallador decidir sobre aspectos no reclamados.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Tercera.- Santafé de Bogotá D.C., cuatro de mayo de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: *Daniel Suárez Hernández*

Referencia: Expediente N°6663

Actor: Angélica María Ruiz de Hernández.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 11 de octubre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, mediante sustantiva de la demanda y se negaron las pretensiones sin hacer condena en costas.

ANTECDENTES PROCESALES

1°. La demanda.-

Con fecha 4 de julio de 1986, la señora Angélica María Ruíz de Hernández formuló demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca contra el

Distrito Especial de Bogotá, para que por los trámites "de un proceso Ordinario Contencioso Administrativo regulado por los artículos (85 y ss), del Código de la materia, se provea favorablemente a las siguientes:

Peticiones.
Parte declarativa.

"Declarar que el DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA es responsable de la totalidad de los daños y perjuicios materiales y morales recibidos por mi poderdante Sra. ANGELICA MARIA RUIZ DE HERNANDEZ, como consecuencia de la RESOLUCION N° 018 de mayo 22 de 1986 expedida por la ALCALDIA MENOR de la ZONA DE LOS MARTIRES, por la cual, se ordenó el cierre indefinido del establecimiento comercial denominado 'EL RODADERO' ubicado en la calle 24 N° 16 A-23 de esta ciudad.

"Que como consecuencia de lo anterior:

"**Primero:** Se ordene pagar a favor de ANGELICA MARIA RUIZ DE HERNANDEZ, por razón de la resolución N° 018 de mayo 22 de 1986 que ordenó el cierre indefinido del establecimineto comercial 'EL RODADERO' los daños materiales causados a mi poderdante en cuantía de CINCO MILLONES DE PESOS MCTE ($5'000.000.oo Mcte) como daño emergente desde la fecha de su causación y hasta la de la sentencia incluyendo los intereses compensatorios, en la cuantía de las bases que se demuestren en el curso del proceso.

"El pago de los daños y perjuicios causados a la demandante se hará en pesos de valor constante.

"**Segundo.** El pago a favor de mi representada Sra. ANGELICA MARIA RUIZ DE HERNANDEZ la indemnización por perjuicios MORALES que de tal hecho se derivaron, con el equivalente en pesos de la fecha de la sentencia de MIL GRAMOS DE ORO FINO, según el artículo 106 del Código penal.

"**Tercero.** A pagar los gastos y costos del proceso". (Folios 2 y 3).

2°, Los hechos.

Aparecen relacionados en la demanda así:

"1. Mediante RESOLUCION N° 018 de mayo 22 de 1986, la ALCALDIA MAYOR DEL DISTRITO ESPECIAL profirió el anterior Acto administrativo con el cual ordenó el Cierre Indefinido de un establecimiento comercial de propiedad de mi poderdante denomindado Tienda de Viveres y licores 'EL RODADERO'.

"2. Que el anterior Acto Administrativo (Resolución N° 018 de fecha mayo 22 de 1986) se dictó sin MOTIVACION de derecho y solamente se hizo de hecho violando claras disposiciones consagradas en la jurisprudencia sobre la legalidad

del acto, hecho éste que se demuestra al observar la mencionada resolución en donde no se manifestó ni siquiera la disposición que consideraron violada para ordenar el cierre indefinido del establecimiento de propiedad de mi representada.

"3. Que el anterior ACTO Administrativo RESOLICION N°-018 de fecha mayo 22 de 1986, es ilegal en su totalidad pués no se manifestó en la mencionada resolución el derecho a Interponer el Recurso de REPOSICION y solamente se menciona el derecho de Interponer el Recurso de APELACION con el cual se ocultó una oportunidad procesal y constitucional a la persona que erroneamente se le notificó el acto.

"4. Se incurrió en un error grave e injustificado por parte del funcionario que dictaróla resolución N° 018 de mayo 22 de 1986, ya que éste no se notificó personalmente a la propietaria del establecimiento 'EL RODADERO' conforme a lo consagrado en el art. 44 del Código Contencioso Administrativo sobre los deberes y forma de notificación personal de las actuaciones administrativas.

"5. Que la ALCALDIA Menor de la Zona de los MARTIRES se abrogó facultades de las cuales carecía excediéndose en sus funciones ya que ninguna disposición legal lo autoriza a ordenar el cierre indefinido del establecimiento, sino a imponer solamente sanciones según lo estipulado el EL DECRETO N°1209 de 1984 expedida por el ALCALDE MAYOR con Comandante de la estación Quinta de Policía con fundamento en lo consagrado en el código Nacional de Policía.

"6. Mi representada como propietaria del establecimiento al momento de los hechos que motivaron el cierre injusto e indefinido realizaba una actividad comercial que le permitía obtener ingresos diarios por utilidades en las ventas de TREINTA MIL PESOS MCTE ($30.000.oo Mcte), con lo cual se le causaron enormes perjuicios en su libre ejercicio del comercio como se desmotrará en el proceso". (Fols. 3 a 5).

3°. Actuacion procesal.

Una vez notificado, el alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá, por conducto de su representante judicial contestó la demanda (Fols. 227 a 237) oponiéndose a que se profirieran las declaraciones y condenas solicitadas. Propuso además las siguientes excepciones:

"-Ineptitud sustantiva de la demanda por incompetencia de jurisdicción por tratarse de un asunto policivo de carácter penal". Estima que lo debatido no corresponde a esta jurisdicción porque se trata de "uno de aquellos contemplados en el Artículo 82 inciso 3°, Decreto 01 de 1984". Considera que la resolución dictada por haberse producido dentro de un proceso de policía de naturaleza civil y hacer relación al cierre indefinido de un establecimiento comercial, son decisiones de carácter jurisdiccional y por ende no sonn susceptibles de ser impugnadas ante la jurisdicción Contencioso Administrativa".

- Incompetencia de jurisdicción por falta de agotamiento de la vía gubernativa. Como en contra de la resolución proferida por el Alcalde Menor de Los Martires procedían los recursos de ley, antes de acudir a esta jurisdicción ha debido la actora agotar la via gubernativa. (artículos 62, 63 y 135 del Decreto 01 de 1984).

_ Ineptitud sustantiva de la demanda.

Según la demanda, se ejerce la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A. es decir, la de restablecimiento del derecho, según la cual la persona que se crea lesionada por un acto de la Administración, puede acudir ante la jurisdicción Contencioso Administrativa, "solicitando además de la anulación del acto que considera ilegal, la reparación del daño o el restablecimiento del derecho". Recuerda además únicamente va a decidir con base en lo pedido; no puede ir más allá de lo pedido...".

Sostiene que como la actora no solicitó previamente la anulación del acto administrativo y consecuencialmente el restablecimiento del derecho, "parecería que estuviera ejercitando la acción indemnizatoria consagrada en el artículo 86 del C.C.A...", por lo que se configura la excepción propuesta.

Dentro de la oportunidad procesal para hacerlo, las partes alegaron de conclusión, la actora en escrito de folios 290 a 295 y el demandado en memorial que obra a los folios 296 a 305, para reiterar cada una las razones inicialmente planteadas.

El Fiscal Cuarto del Tribunal estima que si el acto causal se dictó en un proceso penal de policía se da la falta de jurisdicción del Contencioso Administrativo y corresponde dictar providencia inhibitoria.

4°. El fallo apelado.

Para declarar probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda y negar las pretensiones de la misma, el a-quo hizo las consideraciones que se concretan en los siguientes apartes de su providencia:

> "El acto administrativo es entonces el centro de la litis, pero al no haberse demandado su nulidad, no hay lugar a reparar el daño que se dice fue causado, porque tal reparación solo puede darse una vez declarada su nulidad por las razones de contrariedad al orden jurídico que se hubiere demostrado.

"La actora acudió directamente a pedir la reparación del daño y equivocó la vía al errar en la interpretación del sustento jurídico que invoca, concepto que se plasmó en la parte final de la demanda cuando precisa: 'La acción incoada es la indemnizatoria o la de reparación directa del daño o perjuicio, establecida en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo'.

"La extraña interpretación a una norma tan clara como es la mencionada por el libelista, conduce a denegar las súplicas de la demanda por la ineptitud sustantiva ya estudiada". (Fol.323).

5º Razones de la apelación.

Inconforme con el fallo anterior, la actora interpuso recurso de apelación (Fols.326-327), con fundamento en una supuesta notificación irregular del establecimiento, a persona distinta de la recurrente y además porque el fallador se abstuvo de declarar "oficiosamente" la nulidad de la resolución aludida.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala el fallo apelado debe confirmarse por cuanto la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda y la consecuencial denegación de las pretensiones, se encuentran suficientemente acreditadas en el proceso y las consideraciones jurídicas del a-quo para arribar a esas conclusiones tienen suficiente respaldo legal y procesal.

En efecto:

La demandante pretende ser indemnizada de los perjuicios materiales y morales causados con el cierre indefinido del establecimiento comercial, supuestamente de su propiedad, ordenado por la Alcaldía Menor de Los Martires mediante la Resolución 018 del 22 de mayo de 1986. En su demanda solicita que se declare que el Distrito Especial de Bogotá "es responsable de la totalidad de los daños y perjuicios materiales y morales recibidos por mi poderdante Sra.ANGELICA MARIA RUIZ DE HERNANDEZ, como consecuencia de la Resolución Nº 018 de mayo 22 de 1986..." y como consecuencia de lo anterior, pide el pago de todos los perjuicios ocasionados.

Para la Sala resulta claro que si la causa de la petición fuera un hecho o una operación de la administración, la acción que ha debido instaurarse era la de reparación directa y cumplimiento, como la denominaba el art. 86 del Decreto 01 de 1984. Pero, si por el contrario, como sucede en el subjudice, el cierre del establecimiento comercial y las supuestas consecuencias dañosas, se deriva de un acto administrativo, la acción a ejercitar era la consagrada en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, como acción de nulidad del acto con restablecimiento del derecho, en virtud de la cual "toda persona que se crea lesionada en un derecho suyo, amparado por una norma jurídica, podrá pedir que además de la anulación del acto administrativo, se le restablezca en su derecho, o se le repare el daño".

En atención a lo consagrado en la norma anteriormente referida, se hacía necesario para la prosperidad de su acción, que la demandante hubiese solicitado "la anulación del acto administrativo", pétición que omitió y que, como consecuencia, condujo a la declaración de ineptitud sustantiva de la demanda, dado que la jurisdicción administrativa no puede suplir lo que se hace de menos y le competía al actor.

Sin duda resulta equivocado y confuso el accionar de la demandante, al exigir el restablecimiento del derecho sin antes pedir la nulidad del acto que generó los supuestos perjuicicos alegados, pues mal podría el fallador disponer tal restablecimiento cuando la resolución 018 de 22 de mayo de 1986 sigue vigente y amparada por la presunción de legalidad de todo acto administrativo que, por lo mismo, impide el restablecimiento del derecho mientras la legalidad del acto permanezca vigente.

En las anteriores condiciones la única vía procesal que tenía la parte actora para reclamar judicialmente sus derechos fue errádamente utilizada al omitir la solicitud de anulación del acto administrativo para luego sí, como consecuencia de la misma impetrar el respectivo restablecimiento indemnizatorio. Tal irremediable pretermisión no puede suplirla oficiosamente el Consejo de Estado como lo sugiere el apoderado de la demandante, porque ello contraría el principio según el cual la jurisdicción contencioso administrativa es ante todo rogada, no oficiosa, y, por consiguiente, no le está permitido al fallador decidir sobre aspectos no reclamados, menos aún, cuando como en el sub-lite, la omisión del accionante recayó precisamente sobre un aspecto fundamental en el ejercicio de la acción de nulidad y restabecimiento del derecho, de la cual la primera finalidad la constituye la anulación del acto administrativo.

Les asiste, pues, sobrada razón a la parte demandada y al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al referirse a la primera excepción de ineptitud sustantiva de la demanda y, el segundo al declararla probada y consecuencialmente denegar las pretensiones formuladas. Los planteamientos de aquella y los razonamientos jurídicos del fallo, de una parte son suficientes para confirmarlo y, de otra, relevan a la Sala de hacer otras consideraciones sobre el particular.

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

FALLA:

Confirmase la sentencia apelada, esto es, la de 11 de octubre de 1990, proferida por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

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

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES/LEGITIMACION POR ACTIVA

Cuando en la norma constitucional (artículo 40) se autoriza para interponer acciones públicas, en defensa de la Constitución y de la ley, se impone concluir que ellas deben orientarse a defender la normatividad general, impersonal y abstracta, no la que se individualiza a través de los actos jurídicos, cuya legalidad debe buscarse por otros medios y en ejercicio de acciones muy distintas a la que se puso en marcha. Si al celebrarse un acto jurídico, ora de formulación bilateral, ora de formación unilateral, se viola la Constitución o la ley, la acción permanente es la contemplada en el artículo 87 del C.C.A., esto es, la contractual.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Tercera.- Santafé de Bogotá D.C., mayo cuatro (4) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero Ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente N° 7309

Actor: GILBERTO GUZMAN CELIS
Demandado: EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS.

- 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 ordinario de SUPLICA, interpuesto por el actor, contra la providencia calendada el dia veinte (20) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el consejero conductor del proceso, en virtud de la cual se inadmitió 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 continuanción lo pertinente del

referido proveído, en el cual se razona judicialmente dentro del siguiente temperamento:

"El ciudadano GILBERTO GUZMAN CELIS, quien dice obrar en su propio nombre y con base en lo dispuesto por el numeral 6° del art. 40 de la Contitución Nacional, normativa que, según él, le concede el derecho a "interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley", pretende que previos los trámites de un proceso ordinario de que trata el art. 206 del Código Contencioso Administrativo y previa citación y audiencia del señor representante legal de la Empresa Colombiana de Petroleos "ECOPETROL", se declare:

"Que es *absolutamente nulo* el contrato que consta en la Escritura Pública N° 2714 de 1 de agosto de 1991 firmado por la Empresa Colombiana de Petroleos "ECOPETROL", empresa industrial y comercial del estado, representada para el efecto por ANDRES RESTREPO LONDOÑO, en su calidad de presidente, por una parte, y por la otra, por la ESSO COLOMBIANA LIMITED, sociedad organizada de acuerdo con las leyes de los Estados Unidos de Norte América y que dentro del contrato se llamará ESSOCOL" representada por RAMOS DE LA TORRE LAGO, en su calidad de apoderado general'. (fls.63 Cdno.N°1).

"En síntesis, el demandante considera que con fundamento en el numeral 6° del art. 40 de la nueva Carta Constitucional, puede pretender la nulidad del negocio jurídico contenido en la escritura pública N° 2714 del 1 de agosto de 1991 de la Notaría Octava del Círculo de Bogotá, dado que, en su sentir, tal negocio infringe normas de derecho público que señala explicando, lo que, en su pensamiento, constituye el motivo de la violación.

"Este Despacho sintetiza la argumentación fáctica del libelista , así:

"a) Que la Junta Directiva de la Empresa Colombiana de Petroleos ECOPETROL,el 31 de abril de 1991, autorizó al representante legal de dicha empresa para celebrar un contrato de Evaluación exploratoria integrada con la compañía Esso Colombiana Limited, ESSOCOL, en el sector denominado "Santander", localizado en los departamentos de Bolivar, Cesar y Santander.

"b) Que con base en la autorización referida en el ordinal anterior se suscribió la escritura pública N° 2714 de 1 de agosto de 1991 en la Notaría Octava del Círculo de Bogotá entre la Empresa Colombiana de Petroleos ECOPETROL y la compañía ESSOCOL, pero cambiando el objeto materia de la referida autorización por cuanto en la Escritura pública se indicó como tal la relización de "una evaluación técnica integrada del sector denominado SANTANDER".

"c) Que en verdad lo consignado en la Escrotura pública No 2714 de 1 de agosto de 1991 constituye típico contrato de CONSULTORIA, en vez de una

"c) Que en verdad lo consignado en la Escritura pública No 2714 de 1 de agosto de 1991 constituye típico contrato de CONSULTORIA, en vez de una contrato de EXPLORACION, que fue lo autorizado por la Junta Directiva de ECOPETROL.

"Que la ESSO COLOMBIANA LIMITED según certificado de la Cámara de Comercio que se acompaña con la demanda "no es una empresa de servicios, ni mucho menos especializada en estudios geológicos ni geofísico".

"e) Que ESSOCOL no puede acreditar la idoneidad exigida por norma legales para firmar contrato de yacimientos petrolíferos.

"f) Que el contrato le da el privilegio a ESSOCOL para seleccionar sectores hasta de 100.000 hectáreas y gozar de la primera opción para celebrar contratos de asociación durante la vigencia del contrato (30 meses), o a más tardar dentro de los 60 días siguientes a la fecha de su vencimiento, con lo cual se desatiende lo normado por los arts. 22 y 23 del Código de Petróleos, lo mismo que los Decretos 314 de 1975 y 743 del mismo año.

"En fin, que el contrato enjuiciado se celebró sin la aprobación requerida por parte del ministerio de Minas y Energía y sin que se hubiese hecho la convocatoria a concurso de méritos o licitación de que trata el Decreto 2310 de 1974. Resalta que la transnacional norteamericana EXXON, fue la misma que en 1982 realizó estudios y cálculos para CARBOCOL, determinando que la tonelada de carbón se pagaría en el exterior a US$95.00.oo, resultando que al ponerse en marcha la empresa sólo se consigió colocarla a US$21.00.

"En el capitulo III de la demanda se cita multiplicidad de disposiciones legales y sucintamente se aduce el porqué resultaron infringidas con el contrato demandado.

"Para resolver si es del caso admitir o rechazar la demanda, el Despacho previamente pasa a hacer las siguientes consideraciones:

"1a. El art. 40 de la Nueva Carta Política prescribe que "Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

"1...

"6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.

"Se trata, pues, del establecimiento de los llamados DERECHOS POLITICOS que el constituyente le adscribe a todos los CIUDADANOS, con miras a que participen en la confirmación ejercicio y control DE PODER POLITICO. Para la efectividad de los referidos derechos, de carácter político, insiste el Despacho, se enumeraron seguidamente siete mecanismos o

instrumentos, según se puede leer en los varios numerales que contiene el referido art. 40.

"Quiere decir lo anterior que a través de los señalados siete medios o intrumentos, táxativamente enumerados por el constituyente, cualquier ciudadano podrá lograr la eficacia de sus derechos políticos, bien sea participando en la conformación, en el ejercicio y en el control del poder político.

"2a. De entrada, se vislumbra que el numeral 6° del art. 40 de la carta, no constituye la acción apropiada para demandar la declaratoria de nulidad de un negocio jurídico como el que aquí se impugna y que ha quedado reseñado en la primera parte de ésta providencía. En efecto, a través del contrato contenido en la Escritura Pública No 2714 de 1 de agosto de 1991, de la Notaria Octava de Círculo de Bogotá las partes del mismo, esto es, ECOPETROL y ESSO COLOMBIANA LIMITED, llevaron a cabo actos de autonomía particular para regular intereses propios de igual naturaleza. Llámese el contrato de EVALUACION DE EXPLORACION INTEGRADA", de EVALUACION TECNICA INTEGRADA", o simplemente de "exploración", o, con cualquiera otra denominación típica o atípica, la verdad es que se trata de un negocio de PODER POLITICO que pudiera controlarse mediante la acción impetrada por el demandante.

"3a. La fiscalización, control y declaratoria de legalidad o ilegalidad de los contratos en que sea parte una entidad oficial, se gobiernan por el art. 87 del C.C.A., modificado por el art. 17 del Decreto 2304 de 1989. Esta normativa permite a cualquiera de las partes del contrato administrativo o privado de la administración con cláusula de caducidad, pedir al contencioso administrativo se declare la existencia o nulidad del negocio y para que se hagan otras declaraciones, condenaciones o restituciones consecuenciales; o, bien para que se ordene su revisión, se declare su incumplimiento y para que se condene al contratante responsable a la indemnización de perjuicios. Constituye el primer inciso con una expresión amplia y genérica al agregar que mediante esa acción se pueden hacer "otras declaraciones o condenas".

"4a. La acción referida a las "controversias contractuales" estatuida por el art. 87 del C.C.A., tuvo el buen cuidado en su inciso final de legitimar su ejercicio también al Ministerio Público y a los terceros que acrediten *"un interés directo en el contrato"*, para impetrar la declaratoria absoluta. Siguiendo orientaciones que datan desde la ley 50 de 1936, adujo el inciso que ahora se comenta que "El Juez administrativo podrá declarar de oficio la nulidad absoluta cuando esté plenamente demostrado en el proceso y siempre que en él intervengan las partes está también acompasado con la parte final del art. 306 del C. de P.C. en tratándose de asuntos entre particulares.

5a. La jurisprudencia de esta Corporación ha sido constante en exigir legitimación en el demandante de los contratos administrativos que puedan

directo en el contrato". Así, en providencia de 12 de abril de 1978, que recoge otras en el mismo sentido, la sección tercera precisó:

"Es pertinente, antes de estudiar el fondo del asunto en el presente proceso, analizar el interés que pueda tener el demandante para entablar su acción al pedir la nulidad del contrato celebrado entre la Zona Franca y a Saportas:

"1. En providencia de 6 de abril de 1972 el Consejo de Estado precisó que 'la acción pública de nulidad, en cuanto reconocida por el artículo 66 a "toda persona", no es procedente respecto de los contratos o convenciones administrativas'; precisándose de igual manera que en el derecho francés se excluye la acción de nulidad de los contratos administrativos 'que sólo son susceptibles de la plena jurisdicción, sin perjuicio de que aquella proceda como también secede en el régimen colombiano contra los actos separables de los mismos'. (Ponente doctor Humberto Mora Osejo, Sección 1a., exp. 1714. Anales del Consejo de Estado, Año XLVII, Tomo LXXXII, primer semestre 1972, pág. 449).

"2. En la providencia de 21 de febrero de 1973 el Consejo de Estado concluyó que la acción pública de nulidad 'es procedente contra los contratos administrativos a condición de que la promueva el agente del ministerio Público, por causa u objeto ilícitos, de interés público o social, por esto la acción, que es pública no es popular', (Ponente doctor Humberto Mora Osejo. Exp 1910)

"3. Ha sido jurisprudencia tradicional del Consejo que es posible obtener la anulación de los contratos en que es parte la administración, cuando existe un vacio que los llegue a controvertir en nulos, pero esto debe serle solicitado al juez mediante un recurso de jurisdicción. En estos casos "se requiere de todas maneras un interés concreto derivado de la situación específica de que es fuente el contrato, o lo que es lo mismo, la acción de plena jurisdicción consagrada por el artículo 67 ibídem no la pueden ejercitar sino las partes contratantes o quienes tengan un interés jurídico concreto con el objeto de hacer valer sus pretensiones'. (25 de febrero de 1974. Exp. N° 1498, doctor' Alfonso Castilla Saíz).

"Igualmente el Consejo de Estado acepta la aplicación excepcional del artículo 2° de la ley 50 de 1936 para permitir que 'todo el que tenga interés en ello' pueda pedir la nulidad del acto o contrato. (Jorge Valencia A. exp. 1817). Aunque debe reconocerse que este fallo implica un paso de avanzada, cabe también anotar, que se quedó un poco corto al no explicar la medida del interés que legítima a la parte actora en esas hipótesis.

"Así no debe entenderse ese interés de tercero como el de la legalidad que esgrime quien pretende la defensa del orden jurídico y que justificaría la acción contra un auto separable, como sería el que abre una licitación; en cambio para impugnar el de adjudicación sólo tendrán interés, en principio,

los que licitaron. El interés, en la anulación del contrato debe ser especial y concreto, personal y directo, como que ella condiciona el restablecimiento pretendido, porque en tal evento la responsabilidad de la entidad contratante surge o nace de la ilegalidad del acto de adjudicación, el cual, con el contrato subsiguiente, forma una unidad compleja. Y debe aceptarse así aunque pueda pensarse , en estricta técnica que el perjuicio que el licitante vencido realmente nace del acto de adjudicación ilegal y que sólo la ilegalidad del contrato mismo podrá alegarse por las partes contratantes o por el Ministerio Público.". (Exp. N° 1492; Actor: Soc. Compañía Colombiana de Construcciones Urbanas Ltda.; Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo).

"El acopio jurisprudencial que se acaba de consignar merece ser reiterado ahora, pues, para este Despacho no ha habido circunstancia alguna que imponga nuevos horizontes. Más aún, cuando, como quedó visto atrás, el fundamento exgrimido por el actor, con base en el numeral 6° del art. 40 de la Constitución, regula materias o aspectos extraños a los temas contractuales.

"6a. El despacho no desconoce que en la contratación administrativa está presente el interés de la comunidad, dado que el negocio jurídico de dicha estirpe envuelve aspectos colectivos manejados por una de las entidades públicas, que en mayor o menor grado compromete el patrimonio estatal. De allí, que en un futuro bien podrá reglamentarse la manera como los asociados, individual o colectivamente, puedan ejercer un control sobre la legalidad de dichos contratos. A ello apunta la perspectiva del art. 88 de la nueva Constitución Nacional al estatuir que "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 acasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

"Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos".

"Como hasta el momento el legislador no ha producido la ley que regule el tema de las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos que pudieran verse comprendidos con la celebración de contratos administrativos, se impone seguir aplicando el art. 87 del C.C.A. para todo lo relacionado con las controversias contractuales.

"Viene de lo atras consignado, que la demanda no puede ser admitida por falta de legitimación del demandante.".(folios 81 a 89 Cdno N° 1°).

- II -

SUSTENTACION DEL RECURSO

A los 91 y siguientes del Cuaderno N° 1, obra el escrito en que el demandante hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso, para lo cual argumenta dentro del siguiente universo:

"PRIMERO.- Invocar la Jurisprudencia anterior a la vigencia de la Constitución Nacional de 1991, cuando, precisamente la Nueva Carta es la que permite a los ciudadanos "...interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley", carece de toda validez jurídica y de ningún modo puede aceptarse como un eficaz soporte para el rechazo de la demanda. Al desaparecer el impedimento, la jurisprudencia queda sin piso e invocarla en este caso es tanto como invocar una norma derogatoria.

"SEGUNDO.- La Honorable "Sala" Unitaria, no está plenamente segura de que el numeral 6° del artículo 40 de la Carta, "...no constituye la acción aprobatoria para demandar...", puesto que solamente le parece que de pronto pudiera ser así, sin atreverse a la afirmación concreta cuando expone que: "Se vislumbra" que la norma citada no constituye la acción apropiada.

"No por dudar de la claridad semántica que, indudablemente, tiene la Corporación, sino para sustentar lo que afirmo, me permito transcribir la definición que sobre el vocablo trae el diccionario de la Lengua Española:

"Vislumbrar. (del lat. vix, apenas, y iluminare, alumbrar.) tr. ver un objeto tenue o confusamente por la distancia o falta de luz 2. fig.. Conocer imperfectamente o conjeturar por leves indicios una cosa inmaterial.

"Vislumbre. 2. Conjetura, sospecha o indicio.- 3. Corta o dudosa noticia. 4. Apariencia o leve semejanza de una cosa con otra.

"TERCERO.- Si el Despacho, como se manifiesta en el ordinal 6°. del auto en comento, "...no desconoce que en la contratación administrativa está presente el interés de la comunidad dado que el negocio jurídico de dicha estirpe envuelve aspectos colectivos manejados por una de las entidades públicas que en mayor o menor grado compromete el patrimonio estatal...", antes que esperar la posibilidad futura de una posible reglamentación legal, debe tenerse en cuanta el artículo 85 de la Constitución Nacional, que expresa la aplicación inmediata a los derechos consagrados, entre otros, al Artículo 40 de nuestra carta Magna, sin que se requiera desarrollo legal para su aplicación.

"CUARTO.- Fue, precisamente con el ánimo de impedir que legalmente se continuaran amparando actos dolosos contra el patrimonio de la Nación, que

la Asamblea Nacional Constituyente, aprobó el ordinal 6° del Artículo 40 de la Carta Constitucional.

"El exabrupto legal está patente en el Artículo 87 del C.C.A. que en el auto en comento se invoca, pues si, como en el caso del contrato firmado entre la ESSO COLOMBIANA y ECOPETROL, que motivó la demanda que ha sido rechazada, las partes están en perfecto acuerdo para llevar a cabo una operación que a todas luces es altamente lesiva para los intereses patrimoniales de la Nación, no puede esperarse que ellas, junta o separadamente, promuevan la acción de nulidad del contrato que han celebrado.

"El país no podía seguir esperando a que los signatarios del contrato tuvieran discrepancias o entraran en contradicción personal para recurrir, mientras la Nación padece las consecuencias de las contrataciones, dudosas, o de mala fe, que indudablemente se reflejan en la situación económica de la población.

"Fue exactamente con el propósito de dotar a los ciudadanos de una herramienta legal para defender los bienes patrimoniales de la Nación y del Estado, que el legislador aprobó el Ordinal 6° del Artículo 40 y del artículo 85 de la Carta, mediante los cuales el ciudadano corriente puede interponer recursos en defensa de la Constitución y de la ley sin necesidad de procedimientos extraordinarios.

"Es de Perogrullo y con el respeto que la Sala me merece, que la acción que ha propuesto es pública por excelencia y que el procedimiento ordinario por el cual se trámita es el único posible. Luego, la acción está constitucional y legalmente bien formulada.

"Considerando que he invocado válidos y suficientes motivos para el efecto, muy comedidamente solicito a la Honorable Sección se sirva tener en cuenta este recurso.". (folios 91 a 93 del Cdno N° 1).

- III-

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

A) La providencia impuganada será confirmada, pues en ella se hace una seria y jurídica valoración de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso.

Resulta inusitado, por decir lo menos, que con apoyo en el artículo 40, numeral 6 de la Constitución Nacional, un particular, ajeno por completo a la relación negocial, pretendida que se deje sin efectos un negocio jurídico, Olvidó el demandante que a lo largo de la citada normatividad se autoriza a los ciudadanos para participar '...EN LA CONFORMACION, EJERCICIO Y CONTROL DEL PODER POLITICO...", que se concreta en elegir y ser elegido; tomar parte en las elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de

participación democrática; constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitacion alguna, formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas; revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley; tener iniciativa en las corporaciones públicas; interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley; acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, como se lee en el citado texto.

Cuando la norma constitucional se autoriza para interponer acciones públicas, en defensa de la Constitución y de la ley se impone concluir que ellas deben orientarse a defender la normatividad GENERAL, IMPERSONAL y ABSTRACTA, no la que se INDIVIDUALIZA a través de los actos jurídicos, cuya legalidad como lo destaca muy bien la providencia impugnada, debe buscarse por otros medios, y en ejercicio de acciones muy distintas a la que puso en marcha, en el caso en comento, el demandante.

La organización del poder político, su legitimación, son aspectos estudiados por la filosofía del Derecho. En esta materia puede consultarse el Tratado General del Profesor Luis Recasens Siches. Editorial porrúa, Séptima Edición, pag,. 230 y ss.ss., pues sólo teniendo la cabal comprensión de lo que él representa, será posible entender la causa, motivo o razón por la cual la demanda no podía ser admitida.

B) Precisada la filosofía jurídica que informa el CONTROL DEL PODER POLITICO, se impone recordar que si al celebrarse un acto jurídico, ora de formación bilateral, ora de formación unilateral, se viola la Constitución o la ley, la acción permanente es la contemplada en el artículo 87 del C.C.A., esto es, la contractual. La citada norma preceptúa:

> "Art. 87. Modificado Decreto 2304 del 1989. art. 17. De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato administrativo o privado con cláusula de caducidad podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenaciones o restituciónes consecuenciales; que se ordene su revisión; que se declare su incumplimiento y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenaciones.
>
> "Los causahabientes de los contratistas también podrán promover las controversias contractuales.
>
> *"El Ministerio Público o el tercero que acredite un interés directo en el contrato está facultado para solicitar también su nulidad absoluta. El juez administrativo podrá declarar de oficio la nulidad absoluta cuando esté plenamente demostrada en el Proceso y siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.".* (Subrayas de la Sala).

Dentro del Universo jurídico anterior se impone concluir que el demandante, si pretende cuestionar el alcance del contrato que consta en la Escritura Pública N° 2714 de agosto 1 de 1991, suscrito por la Empresa Colombiana de Petróleos

ECOPETROL- con la ESSO COLOMBIANA LIMITED, tiene que encuadrar su conducta jurídica dentro de la citada normatividad, poniendo en marcha la ley y el derecho y litigando, a CIENCIA Y CONCIENCIA, pues la Constitución de 1991, no consagró un populismo jurídico que autorice a todo el mundo para poner en marcha el aparato jurisdiccional, sin consideración a la naturaleza de los distintos actos de que se ocupa el mundo del derecho.

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

RESUELVE:

Confírmase el auto suplicado, esto es, el calendado el día veinte (20) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992), por las razones dadas en los considerandos de este proveído.

COPIESE Y NOTIFIQUESE

Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA/ COMPETENCIA/ SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA/ ENTIDADES TERRITORIALES

Como una de las demandantes ha sido una sociedad de economía mixta, cuyo objeto social no obedece a funciones administrativas confiadas por la ley, resulta claro para la Sala que no es ésta la jurisdicción autorizada legalmente para conocer y decidir de las pretensiones dirigidas contra dicha sociedad. Sin embargo, no hay que olvidar que la demanda también está dirigida contra una entidad territorial, que por hacer parte de la administración, desempeña funciones propias el Estado; su régimen jurídico aplicable es el de derecho público y sus actuaciones están sujetas al procedimiento de la vía gubernativa, demandables ante la jurisdicción contencioso administrativa.

FALLA DEL SERVICIO/ CARGA DE LA PRUEBA

Es indispenable que la falla el servicio se demuestre plena y contundentemente, lo que no ha sucedido dentro de este proceso. Las afirmaciones o hechos fundamentales y las pruebas aportadas al proceso regular y oportunamente, constituyen el único fundamento de la sentencia. En derecho no basta afirmar o relatar unos hechos sin que exista seguidamente la prueba de todos y cada uno de ellos; las pruebas son las herramientas que le permiten al juzgador establecer la verdad y ante la ausencia de ellas, ya sea porque no se emplearon oportunamente y en debida forma los medios que la ciencia y la técnica del derecho ofrece a las partes, o por cualquiera otra razón, no queda distinto remedio que absolver, dando aplicación al conocido principio del *onus probandi* o carga de la prueba.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Tercera.- Santafé de Bogotá D.C., cuatro de mayo de mil novecientos noventa y dos.

Consejero ponente: *Dr. Daniel Suarez Hernandez*

Referencia: Expediente 6627

Actor: MONICA PINILLA DE BEJARANO Y OTROS.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó, de fecha 11 de febrero de 1991, en la cual dispuso declararse inhibido para hacer un pronunciamiento de fondo.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda. El Señor JOSE BEJARANO BENITEZ y la señora MONICA PINILLA DE BEJARANO, obrando por medio de apoderado judicial debidamente constituido y en ejercicio de la acción de reparación directa, instauró demanda ante el Tribunal Administrativo del Chocó el 30 de marzo de 1989, contra la Empresa ELECTRIFICADORA DEL CHOCO S.A. y el MUNICIPIO DE QUIBDO, de manera solidaria, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

> "Que se declare por medio de sentencia responsable administrativa al municipio de Quibdó y Electrificadora del Chocó S.A. por la muerte del joven EDISON ANTONIO BEJARANO PINILLA, hecho que tuvo lugar el día 12 de octubre de 1988 a las 11 a.m. los funcionarios de estas dos entidades demandadas, y se condene el pago de perjuicios, por concepto de indemnización, a favor de mis representantes por actos y omisiones de carácter administrativo que genera responsabilidad patrimonial de las instituciones del Estado."

2. *Fundamento de hecho.* Aparecen relacionados a folios 2 a 4 y se reducen, en síntesis, a lo siguiente:

> "1. En los primeros días del mes de octubre de 1988 el joven fallecido EDISON ANTONIO BEJARANO PINILLA, se acercó al establecimiento denominado "El Rincón Chocoano" de propiedad del señorJOSE ARBOLEDA, a buscar trabajo, ofreciéndole este, que tenía para pintar la fachada del negocio, este aceptó y procedió a pintar.
>
> "2.- Estando el joven fallecido cumpliendo con su trabajo, de manera sorpresiva fue atraído por los cables eléctricos públicos, debido al campo magnético de los cables de alta tensión que cubre la calle 24 de la ciudad de Quibdó, los cuales en forma instantánea le ocasionaron la muerte.
>
> "3.- Los cables de alta tensión están ubicados en forma casi rasante con la casa o edificio donde funciona el negocio el Rincón Chocoano, lugar donde se encontraba trabajando el Joven BEJARANO PINILLA, y sin ninguna señalización que previniera a los ciudadanos de tan inminente peligro por la potencia de atracción magnética de los cables, y como si fuera poco omitieron

su obligación de impedir la construcción del edificio casi rasante con las líneas de alta (sic) y mucho menos previnieron como dije anteriormente a la comunidad, es este estado de cosas, se ve la responsabilidad de estas entidades demandadas.

"4. En cuanto a la construcción misma del edificio, es deber de la Alcaldía mayor de Quibdó no expedir la licencia de construcción de una edificación que no presenta los planos acordes con las exigencias urbanísticas y si ya se expidió por engaño de los propietarios o constructores, es menester ejercer la debida vigilancia por parte de este ente administrativo através (sic) de su respectiva secretaría de Obras Municipales, para suspenderla y exigir su cumplimiento, esta omisión hace igualmente responable al municipio de Quibdó por el desastrozo episodio que ocasionó la pérdida de la vida del joven EDISON A. BEJARANO.

"6.- A pesar de los esfuerzos que hizo la ciudadanía para auxiliar inmediatamente al occiso, nugatorio este acto, a consecuencia de las fuertes descargadas electricas recibidas por EDISON BEJARANO PINILLA. quien al llegar al Hospital San Francisco de Asis de esta ciudad, ya había muerto a consecuencia de un paro cardiaco respiratorio (sic) (Electrocutación) según el informe del Médico que lo atendió...".

3. El trámite de la primera instancia. Notificado el auto admisorio de la demanda, el apoderado judicial de la Electrificadora del chocó S.A., dio contestación al libelo inicial del proceso. Afirma que las peticiones de la demanda carecen de fundamento jurídico y fáctico al omitir el concepto de la violación y las normas que dieron origen a ésta. Propone además, la excepción de fondo "Falta de jurisdicción y competencia", al pretender el actor "...conformar una presunta solidaridad entre el Municipio de Quibdó, que es un ente público cuyos actos se encuentran sujetos al control constitucional por parte de la justicia especial o contencioso administrativa, y la Electrificadora del Chocó S.A., que es una empresa industrial y comercial del Estado...Por su caracter sus actos están regidos por normas de derecho privado y deben ser debatidos ante la justicia ordinaria, valga la pena decir, ante los juzgados y Tribunal Superior..."(fls. 22 a 26).

Igualmente en término hábil, la apoderadora del Municipio de Quibdó, se manifestó en la contestación de la demanda, con planteamientos similares a los anteriores. Además, alega la inexistencia de responsabilidad por parte del Estado, al no haberse dado y aprobado dentro del proceso el hecho u omisión de la administración que produjo el daño y los consecuentes perjuicios, lo que, en conclusión, hace que los presupuestos de ley no existan y al no existir desaparezca la responsabilidad del Estado. De otro lado sostiene, quede haberse producido el hecho, este se presentó por culpa de la víctima (fls 29 a 40).

En el momento procesal oportuno para presentar alegatos de conclusión, la parte actora en su escrito visible a fls. 86 a 90, solicita acceder a las súplicas de la demanda, la parte demandada guardó silencio.

Por su parte la fiscalía del Tribunal, emitió concepto de fondo con escrito que figura a folios 91 a 95, en donde considera deben prosperar las pretensiones de la parte demandante.

4. La sentencia recurrida. Surtidos los trámites legales de la primera instancia, el Tribunal Administrativo del Chocó, en providencia visible a folios 113 a 119, resuelve declararse inhibido para hacer un pronunciamiento de fondo. A continuación y para arribar a esa decisión, el a quo discurre así:

> "Para resolver la excepción de fondo propuesta por los demandados, se tiene, que según escritura pública, número 49, la Electrificadora del Chocó S.A., es una sociedad Anónima Colombiana, clasificada legalmente como sociedad descentralizada indirecta, de nacionalidad colombiana, perteneciente al orden nacional, vinculada al sector administrativo del Ministerio de Mina y Energía en la cual, el Estado posee más de 90% de su capital social, y por ende, sometida al régimen jurídico previsto para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado. Art. 1 y 3 del Decreto Ley 3130 de 1968."

En segundo término, se remite para sustentar su fallo, a una sentencia en igual sentido de fecha 29 de marzo de 1990, proferida por la Corte Suprema de Justicia, la que en uno de sus apartes considera:

> "En el caso presente, es claro que los hechos en que se sustenta la demanda se originan en la prestación de un servicio que corresponde a la actividad industrial y comercial de la entidad demandada, pues no existe norma de jerarquia legal que califique tal actividad como función administrativa, independientemente del hecho de que quien la presta sea una entidad pública o privada. Por tal motivo, habrá de aplicarse la regla general en materia de jurisdicción, según la cual, la jurisdicción competente para conocer del litigio en cuestión será la ordinaria."

5.- Alegaciones en la segunda instancia. Inconforme la parte actora con la decision anterior, apeló solicitando revocar el fallo del Tribunal, para proceder a despachar favorablemente las suplicas del libelo inicial. Fundamentó su inconformidad sosteniendo que el Tribunal Administrativo del Chocó si es competente para conocer tanto de las pretensiones dirigidas contra la electrificadora del Chocó S.A., como de las del Municipio de Quibdó, en virtud de que las demandadas son entidades que prestan un servicio público. Considera que la Electrificadora al no señalar la peligrosidad, el riesgo de las líneas de alta tensión ubicadas en el lugar del siniestro, cometió una falla del servicio por omisión, por ser ésta una actividad de interés común para los asociados.

Durante el traslado para alegar durante la segunda instancia, una de las demandadas, la Electrificadora del Chocó S.A., alegó de conclusión e insiste en sus puntos de vista expuestos en primera instancia y solicita confirmar el fallo en cuestión , mientras que la parte actora se sostiene en su dicho.

La señora Fiscal Octava del Consejo de Estado, considera que el fallo del Tribunal es acertado parcialmente, porque el bien, se encontraba inhibido para conocer de las pretensiones impetradas contra la Electrificadora del Chocó S.A., no sucedia lo mismo con el Municipio de Quibdó, para el cual, tenía plena competencia para emitir un fallo de fondo. Es su parecer que se revoque la sentencia de primera instancia y se proceda a dictar sentencia de mérito.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero determinar si en razón de los hechos que originaron éste proceso y la naturaleza jurídica de los entes demandados, es ésta la jurisdicción que debe conocer y decidir la controversia planteada. Esta previa determinación obedece a que en tratandose de Sociedades de Economía Mixta, de acuerdo con el artículo 8 del Decreto 1050 de 1968, los actos y hechos de naturaleza industrial o comercial, se someten a las reglas de derecho privado, salvo las excepciones que consagre la ley. Cuando se presentan excepciones de régimen, los actos expedidos por estas entidades serán actos administrativos y los conflictos que se susciten a raíz de estas excepciones serán competencia de la jurisdicción Contencioso-administrativa. Para este efecto, la ley ha desarrollado de manera específica dichas excepciones. En primer lugar están las excepciones que tienen que ver con la administración central; en segundo lugar estan los contratos de obras públicas, de empréstito y aquellos que incluyan cláusula de caducidad (arts. 3, 34 del decreto 3130 de 1968, 3 del Decreto 130 de 1976 y 1, 221 y 227 del Decreto 222 de 1983); en tercer lugar, en materia laboral, todo lo referente con sus empleados públicos. Pero la regla general es que en las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado o sus entidades decentralizadas tengan aportes iguales o superiores al 90% del capital social, se sujetan al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado, esto es, al derecho privado.

Como en caso bajo examen, una de las demandadas ha sido la Electrificadora del Chocó S.A., cuyo objeto social no obedece a funciones administrativas confiadas por la ley, resulta claro para la Sala que no es ésta la jurisdicción autorizada legalmente para conocer y decidir de las pretensiones dirigidas contra dicha Empresa. Bajo este aspecto, sería correcta la decisión del Tribunal al declararse inhibido para emitir fallo de fondo en lo que respecta al interés que la parte actora perseguía frente a la Electrificadora.

Sin embargo, no hay que olvidar, como bien lo resalta la señora Fiscal, que la demanda también está dirigida contra el Municipio de Quibdó, entidad territorial, de conformidad con el numeral 1 del artículo 132 del C.C.A., que por hacer parte de la administración, desempeña funciones propias del estado; su régimen jurídico aplicable es el del derecho público y sus actuaciones están sujetas al procedimiento de la via gubernativa, demandables en primer o única instancia ante el Tribunal Contencioso Administrativo, y, en segunda, ante el Consejo de Estado.

De lo anterior se concluye, que el Tribunal Administrativo del Chocó estaba habilitado jurisdiccionalmente para conocer y fallar de fondo, en primera instancia,

las pretensiones de que con respecto a tal entidad le fuera legalmente posible declararse inhibido, como en efecto lo hizo. Por este aspecto se revocará el fallo apelado.

Ahora bien, sentado lo anterior entra la Sala a proferir la decisión de mérito que corresponda, así: Si bien es cierto, que el tribunal erró en primera instancia al no decidir de mérito las pretensiones demandadas en contra del municipio de Quibdó, esto quiere decir que de haberlo hecho, éstas hubiesen prosperado. En efecto, la columna vertebral de la institución de la Responsabilidad Extracontractual del Estado, es la falta o falla del servicio, que como en multiples ocasiones lo ha señalado la jurisprudencia de esta Sección, se caracteriza por tres elementos constitutivos a saber: Una falta o falla del servicio debidamente probada; un daño cierto, determinado o deteminable; y, una relación de causalidad entre la falta o falla del servicio de administración y el daño. Es al actor a quien corresponde *demostrar* rotundamente tanto la falla cometida, el daño causado y su consabida relación, sin lo cual, conducirá al sentenciador necesariamente a proferir sentencia absolutoria.

No basta probar la existencia de un daño, como lo hace incipientemente la parte actora con los documentos o testimonios recepcionados que obran en este expediente a folios 18 y 72 , ni enunciar superficialmente los perjuicios provocados en el daño, alos familiares de la victima, como es lo ocurrido en este caso.. Es indispensable que la falla del servicio se demuestre plena y continuamente, lo que no ha sucedido dentro de este proceso; el apoderado de la parte actora alega que existió una omisión del municipio de Quibdó en la prestación de sus servicios y que ello le acarreó la muerte al joven EDISON ANTONIO BEJARANO PINILLA, consistente en la expedición de una licencia de construcción en indebida forma; enuncia también, el incumplimiento del deber de la Alcaldia al no vigilar que todas las contrucciones respeten las normas mínimas de urbanismo, en lo que respecta, especialmente, con cables de alta tensión. No obran dentro de este proceso la licencia de contrucción supuestamente expedida de manera errónea, ni se solicitaron pruebas tendientes a esclarecer este hecho, lo que de suyo permite concluir que la falla del servicio no está probada. Tampoco se preocupó la actora por acreditar qué ocurrió primero en el tiempo, si la construcción del inmueble o la colocación de los cables conductores de fluido eléctrico de alta tensión.

De otro lado, en cuanto al elemento nexo causal, o relación directa entre el hecho u omisión de la administración y el daño causado, al no estar demostrada la falla o falta del servicio de la cual la responsabilidad administrativa, mal podría entrar a averiguarse, dado que en nada positivo podría concluir tal esfuerzo.

Es oportuno recordar aquel principio procesal, según el cual, las afirmaciones o hechos fundamentales y las PRUEBAS aportadas al proceso regular y oportunamente, constituyen el único fundamento de la sentencia (C de P.C. art. 174). En derecho no basta afirmar o relatar unos hechos sin que exista seguidamente la prueba de todos y cada uno de ellos; las pruebas son las herramientas que le permiten al juzgador establecer la verdad y ante la ausencia de ellas, yá sea porque no se emplearon oportunamente y en debida forma los medios que la ciencia y la

técnica del derecho ofrece a las partes, o por cualquiera otra razón, no queda distinto remedio que absolver, dando aplicación al conocido principio del *ONUS PROBANDI* o carga de la prueba. (arts. 1.757 del C.C. y 177 del C.de P.C.).

Lo anterior lleva a la Sala a proferir sentencia absolutoria para el municipio de Quibdó e inhibitoria para la Electrificadora del Chocó S.A., por cuanto su juzgamiento compete a la jurisdicción ordinaria.

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:

REVOCASE la sentencia apelada, esto es, la del 11 de febrero de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó En su lugar dispone:

1. NIEGANSE las pretensiones de la demanda, impetradas contra el municipio de Quibdó.

2. Declárase INHIBIDO para emitir fallo de fondo en cuanto respecta a las pretensiones deprecadas contra la Empresa Eleetificadora del Chocó S.A.

COPIESE, NOTIFIQUESE y devuelvase al Tribunal de origen.

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

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

CONTRATO DE SEGURO/ POLIZA ESPECIFICA DE SEGURO DE TRANSPORTE DE MERCANCIAS

El contrato de seguro es solemne por excelencia y se confunde con la póliza que es documento por medio del cual se perfecciona y prueba dicho negocio jurídico. Lo anterior está significando que la póliza es de aquellos documentos denominados *"ad sustantiam actus"*, vale decir elemento esencial del contrato, sin el cual éste no surge a la vida jurídica, La póliza en el contrato de seguro debe contener además de las condiciones generales, las llamadas condiciones particulares que acuerden las partes. En el argot de transporte se utiliza la expresión "póliza específica de seguro de transporte de mercancías" por oposición a la común y legalmente denominada póliza flotante y póliza automática. Esta póliza habrá de ser completa, vale decir, debe contener la información que tipifique el negocio en comento.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Tercera.- Santafé de Bogotá D.C., cinco de mayo de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández

Referencia: Expediente N° 6575

Actor: SOCIEDAD SEGUROS LA ANDINA S.A.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora, contra la sentencia de fecha 13 de septiembre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección Tercera, el cual negó las súplicas de la demanda.

I.- ANTECEDENTES:

1;- La demanda. Con fecha 19 de septiembre de 1987, la compañía SEGUROS ANDINA S.A., por medio de apoderado judicial, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a fin de que se hicieran las siguientes declaraciones:

"1.- Que los trámites del proceso especial previsto en que el título XVI del Código Contencioso Administrativo (procesos relativos a contratos y reparación directa), se declare a la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Dirección General de Aduanas, civil o administrativamente responsable, por razón de la pérdida de la mercancía de que trata esta demanda y que aparecen debidamente especificados y valorizados en los documentos que, pruebas anticipadas, se anexan a esta demanda, y a los documentos que aportaré oportunamente dentro del proceso.

"2.- Que en consecuencia, se CONDENE a la nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Dirección General de Aduanas-,y conforme las condiciones constitucionales y legales vigentes a pagar la suma de SEIS MILLONES SETENTA MIL NOVENTA Y SEIS PESOS MONEDA CORRIENTE ($6'070.096.oo) a mi poderdante, como suma indemnizada, así como el lucro cesante, los intereses corrientes sobre dicha suma, según certificación de la Superintendencia Bancaria, que allegado al presente proceso, *desde el momento en que se produjo la pérdida de la mercancía (15 de enero de 1987 y 11 de febrero de 1987) hasta el día en que el pago se efectúe.* El honorable Consejo de Estado con fecha 5 de junio de 1981, en el proceso Indemnizatorio de SEGUROS LA AURORA S.A. contra COLPUERTOS en un avance jurisprudencia notable que consulta altos principios de justicia y equidad, ordenó restablecer el derecho violado, desde el momento en que la disminución del patrimonio del particular se produjo, como no es solamente lo lógico sino lo jurídico, y no desde el momento en que se profiera la sentencia de condena, si es el caso.

"Tales intereses deberán abarcar desde tal fecha hasta el día en que el pago se efectúe por parte de la demandada". (fls. 6 y 7, cdno. principal).

Como fundamento a las anteriores peticiones cita los siguientes hechos:

"PRIMERO: La firma SITEMAS Y SOLUCIONES LIMITADA, entidad legalmente constituida, representada por la agencia de aduanas READUANAS LIMITADA fue autorizada mediante registro de importación N° 026434, de octubre 27 de 1986, para importar la mercancía que a continuación de relaciona:

"..."
"Valor total en moneda de la negociación, dólares, US incluídos gastos FOB! US 44.728.34.

"SEGUNDO: La mencionada mercancía arribó al país procedente de Miami, Estados Unidos, a la bodega ALAMOS dependiente de la Aduana Interior de Bogotá, el 16 de diciembre de 1986, sin registrarse observaciones en la guía aérea N° 08771709, sobre averias o signos de saqueo, vale decir fue recibida por esa entidad en perfecto estado de su embalaje, de acuerdo con el registro N° 20659 de la misma Aduana.

"CUARTO: La actuación del primer reconocimiento y aforo efectuado el 15 de enero de 1987, se encuentra ratificado mediante reaforo cumplido el 21 de enero de 1987, en el que se confirma el faltante de las seis (6) máquinas automáticas digitales *(constituyéndose en un primer saqueo).*

"QUINTO: El día 11 de febrero de 1987, fecha en que el representante de la agencia de Aduanas READUANAS LIMITADA, procedió a efectuar el retiro de la mercancía sobrante se percató que otras tres (3) máquinas automáticas digitales y diez (10) tarjeteros habían sido sustraídos, cuando aún permanecían en el depósito temporal de la bodega ALAMOS, bajo el control y responsabilidad de los almacenistas de la Aduana. Estas tres máquinas estaban identificadas con que la existencia física de las mismas fue corroborada al efectuarse el reaforo el 21 de enero de 1987, lo cual probaré en el acápite respectivo. (Este constituye el segundo saqueo).

"SEXTO: Como consecuencia de los saqueos a que aludo en los anteriores numerales, la firma importadora de la mercancía SISTEMA Y SOLUCIONES LIMITADA sufrió inicialmente un considerable menoscabo en su patrimonio, el cual fue resarcido por mi Poderdante.

"SEPTIMO: La demandada admite, luego de una investigación administrativa, adelantada por la Dirección General de Aduanas, Subdirección de Investigaciones y Control División de Investigaciones Especiales- *(Expediente 030 de 1987)* que la pérdida se produjo cuando la mercancia se encontraba en sus dependencias y bajo su responsabilidad.

"OCTAVO: La mercancía importada y sustraída de las instalaciones de la Aduana Interior de Bogotá, fue asegurada para SISTEMAS Y SOLUCIONES LIMITADA por *SEGUROS LA ANDINA S.A.* mediante Póliza Específica de Seguro de Transporte de Mercancia N° 1038 emitida en Bogotá el 26 de noviembre de 1986. ES DECIR CON FECHA ANTERIOR A LOS SAQUEOS O SINIESTROS.

"NOVENO: La forma como se discrimina detalladamente la cuantía de la pérdida aparece en los respectivos documentos de liquidación de siniestro u órdenes de pago adjuntas, cuyas pártidas se encuentran discriminadas y debidamente repaldadas con las facturas, manifiestos de Aduana, guía aérea, etc que adjuntas se presentan con este libelo para que formen parte del Capítulo de Pruebas.

"DECIMO: La acción indemnizatoria incoada en este proceso, se adelanta con base en la Póliza Específica de Seguro de Transporte de Mercancías, expedida por mi Poderdante, SEGUROS LA ANDINA S.A. con fecha anterior a los saqueos ocurridos el 15 de enero de 1987 y el 11 de febrero de 1987". (fls. 2 y 3 del cuaderno principal).

2.- *Actuación procesal.* Notificado el auto admisorio de libelo inicial del proceso, la apoderada de la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público presentó escrito visible a folios 102 a 109, donde solicita se desatiendan las pretensiones de la demanda, por carecer ésta de fundamento de hecho y de derecho.

Concluída la actuación procesal, la parte actora en su momento presentó alegato de conclusión, visible a folios 118 a 120, la Fiscalía Séptima de Tribunal (fls. 123 a 126) emitió su concepto en el cual solicita se dicte fallo inhibitorio.

3.- *La sentencia apelada.* En el fallo visible a folios 128 a 137, el Tribunal decidió negar las súplicas de la demanda, para lo cual se fundamentó en lo siguiente:

"Se pretende dentro de este proceso que se declare a la Nación Colombiana-Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Dirección General de Aduanas-, responsable por la pérdida de mercancías que se describen en la demanda y la consecuente condena al pago del valor de las mismas que se determina en la suma de $6'070.096.oo.

"Conforme a la demanda, la firma SISTEMAS Y SOLUCIONES LTDA, obtuvo autorización para importar, como así lo hizo, quince máquinas digitales completas para tratamiento de información, con sus unidades completas de tres diferentes tipos, por un valor total de la negociación, incluidos gastos FOB de US$44.728.34.

"La mercancía arribó al país procedente de Miami, e ingresó al Depósito Temporal de la bodega de ALAMOS de la Aduana Interior de Bogotá el 16 de diciembre de 1986, sin que se registrarán observaciones sobre averías o signos de saqueo, o sea que la mercancía fue recibida por la aduana en perfecto estado de embalaje conforme al registro número 20659 de tal entidad.

"Pero el día 15 de enero de 1987, al efectuar el primer acto de reconocimiento y aforo, se desató la pérdida de seis (6) de la máquinas automáticas digitales para el tratamiento de información con todos sus accesorios y teclados, situación que se ratificó mediante reaforo cumplido el 21 de los mismos mes y año.

"El día 11 de febrero de 1987 cuando el agente de aduanas (Readuanas Ltda.) fue a realizar el retiro de la mercancía sobrante, se pudo comprobar que otras tres (3) máquinas automáticas digitales y diez (10) tarjeteros habían sido también sustraídos cuando permanecían en el depósito de la bodega ALAMOS bajo control y responsabilidad de los almacenes de la Aduana.

"La Aduana Nacional realizó la investigación administrativa pertinente (cuaderno 1 -folios 16 a 83- y cuaderno 2) para concluir que las pérdidas se produjeron dentro de sus dependencias y bajo su responsabilidad.

"Como la firma Sistemas y Soluciones Ltda. había importado la mercancía asegurada por la compañía "SEGUROS LA ANDINA S.A.", ésta tuvo que cancelar a la primera el valor del siniestro, o sea la suma de $6'070.096.oo, por lo cual y conforme lo dispone el artículo 1096 del código de Comercio, se subrogó, hasta concurrencia del valor pagado, en los derechos del asegurado quien, además, hizo cesión de los mismos al asegurador.

"Como puede verse la demanda se funda en el derecho consagrado a favor del asegurador por el artículo 1096 del Código de Comercio que a la letra dice:

"El; asegurador que pague una indemnización se subrogará por ministerio de la ley y hasta concurrencía de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro. Pero éstas podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado'

"..."

"De la preceptiva contenida en la norma transcrita surge claramente que el primer supuesto de hecho que se exige para que se produzca la subrogación es *que el asegurador pague la indemización* y, en consecuencia, es también éste el primer elemento de hecho que debe ser plenamente.demostrado por el actor en casos como el *sub-examine,* como que es el que determina la existencia de la legitimación en la causa por activa en cabeza de quien pretende el reconocimiento del respectivo derecho.

"Ahora bien: para demostrar tal supuesto la compañía aseguradora demandante aporta la fotocopia de un documento que se encuentra autenticada ante notario en cuanto coincide con el original presentado, pero que carece en absoluto de valor probatorio para demostrar el extremo de la litis a que hemos venido haciendo referencia (folios 12 cuaderno 1 y 84 cuaderno 2).

"El contenido de la fotocopia enunciada indica de la compañía de Seguros La Andina S.A., se recibió la suma de $6'070.096.oo por concepto de indemnización a que se refiere la liquidación de avería N° 5185 del 3 de marzo de 1987 y como en el documento que obra al folio 11 se encuentra la liquidación de la avería de tal número a quien recibe es esta última. Pero como constancia de recibo aparece una firma ilegible y un sello que no puede leerse en su totalidad, acompañados del número de un NIT.

"Tal documento no puede demostrar en manera alguna que la suma de él indicada fue efectivamente recibida por la sociedad SISTEMAS Y SOLUCIONES LTDA., la cual importó la mercancía perdida y era titular del seguro que se dice haberse hecho efectivo.

"Efectivamente, como lo indica el Señor Fiscal, no se acreditó la existencia de la persona jurídica Sistemas y Soluciones Ltda., ni su representación legal nu menos que la firma que aparece en el recibo corresponda al representante legal de la sociedad asegurada o a una persona por él autorizada para recibir el dinero.

"Es decir, aún en el caso que se hubiera acreditado la existencia de la persona jurídica asegurada, lo cual era indispensable para demostrar así mismo que se había producido la subrogación de su derecho, se hacía indispensable que su representante legal reconociera como suya la firma estampada como del asegurado, por cuanto se trata de un documento emanado por un tercero que solo puede ser estimado por el juez como prueba en los eventos previstos por el artículo 277 del C. de P. C., ninguno de los cuales se da.

"Conlusión de lo expuesto es que la compañía actora no demostró el pago efectuado al asegurado como consecuencia del acaecimiento del siniestro y, como consecuencia, tampoco demostró estar legitimada en la causa para formular las pretensiones procesales.

"La Sala de acuerdo con el señor Fiscal en sus planteamientos generales más no en el resultado del proceso, ya que para ella la ausencia de demostración de la legitimación en la causa, en casos como el presente, conduce a la denegación de las pretensiones de la demanda y no a un fallo inhibitorio". (fls. 133 a 136).

Inconforme la parte actora con la decisión del a quo apeló, solicitando que la sentencia sea revocada y en su lugar se concedan las súplicas de la demanda y presentó su escrito de sustentación del recurso visible a folios 144 a 146 del cuaderno principal.

La fiscalía séptima de la Corporación en escrito de folios 151 a 156, solicita revocar la sentencia recurrida, por considerar que efectivamente hubo un daño y menoscabo del patrimonio de la empresa, debido a la negligencia y conducta omisiva e irresponsable de los funcionarios adscritos a la Dirección Nacional de Aduanas.

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La Sala anticipadamente anuncia que el fallo recurrido será confirmado tanto por las razones dadas por el a quo como por otras que adicionalmente se precisarán.

El contrato de seguro, como averiguado se tiene, es solemne por excelencia (art. 1036 del C. de Co.) y se confunde con la póliza que es el documento por medio del cual se perfecciona y prueba dicho negocio jurídico (art. 1046 del C. de Co.).

Lo anterior está significando que la póliza es de aquellos documentos denominados *ad substantiam ectus,* vale decir esencial del contrato, sin el cual éste no surge a la vida jurídica.

La póliza en el contrato de seguro debe tener además de las condiciones generales, las llamadas condiciones particulares que acuerden las partes. Una de las condiciones generales de cada contrato de seguros lo constituye su vigencia, esto es el plazo durante el cual ha de surtir eficacia, y, entratándose del contrato de seguro de transporte de mercancías habrá de describirse éstas, identificándolas por las caracteristicas genéricas y particulares que las torne individualizables he identificables. En esta modalidad del seguro resulta indispensable señalar el trayecto del referido transporte y, obviamente los riesgos amparados. (arts. 1045 y 1047 del C. de Co.).

En el argot asegurador se utiliza la expresión POLIZA *ESPECIFICA* DE SEGUROS DE TRANSPORTE DE MERCANCIAS por oposición a la común y legalmente denominada póliza flotante y póliza automática, dado que la primera se refiere y utiliza para amparar casos concretos y específicos y por una sola vez, en tanto que la segunda en genérica dentro de unos marcos amplios aunque determinables y ubicables dentro de los límites convenidos por las partes, los cuales se concretan con el llamado CERTIFICADO DE SEGURO, documento que forma parte integral y complementario de la póliza flotante automática. Este certificado no se utiliza, por innecesario, en la POLIZA ESPECIFICA.

Por lo dicho en el párrafo anterior, la POLIZA ESPECIFICA DE SEGURO DE TRANSPORTE DE MERCANCIA, habrá de ser *completa,* vale decir, debe contener toda la información que tipifique el negocio en comento. Ocurre que en el caso concreto que ahora ocupa a la Sala, la parte actora no acompañó la póliza N° 1038 que afirma contiene el contrato ESPECIFICO de seguro de transporte de mercancias, pues como puede verse claramente a folio 10 del cuaderno principal, tan solo se adujo fotocopia, de una copia al carbón, autenticada ante notario, de la CARATULA de la póliza referida, esto es la NP 1038. Los folios 11,12, y 13 que hacen referencia a la mencionada póliza, tambien son fotocopias autenticadas de documentos creados con posterioridad al contrato de seguro y que en su orden corresponde a la liquidación y avería N° 5185, recibo de indemnización y certificado de reconocimiento de averia N° 832.

Lo que se acaba de consignar pone de presente que no fueron aportadas las condiciones particulares y mucho menos las condiciones generales del contrato de seguro de transporte en el cual apoya la demandante su pretenso derecho como subrogatorio de su asegurado. De manera pues, que al no cumplir la carga probatoria impuesta por los artículos 1757 del C.C. y 177 del C. de P.C., sus aspiraciones resultan frustradas.

Así las cosas, la sentencia recurrida habrá de confirmarse, no solamente por cuanto la demandante no acreditó la existencia y representación de quien dijo era su asegurada, como tampoco evidenció, mediante documento auténtico el pago del seguro, según lo explicó acertadamente el a quo, sino, adicionalmente, pone de presente ahora la Sala, por cuanto no se aportó la prueba requerida del contrato de seguro.

Por lo expuesto y en desacuerdo con su colabora 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:

CONFIRMASE la sentencia apelada esto es la de 13 de septiembre de 1990, proferida por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual denegaron las súplicas demandadas.

COPIESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE al Tribunal de origen.

Esta providencia fue discutida y aprobada en sesión de fecha 4 de mayo de 1992.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

EXPLOTACION DE MINAS-Limitaciones/**PERMISO DE EXPLOTACION**-Requisitos/**CONTRATO DE CONCESION**-Improcedencia

En opinión de los expertos y técnicos del Ministerio, la mina está por fuera del area urbana de Cali; cercanas y al interior de dicha área, como asentamiento informal, extienden algunas viviendas, por lo cual se recomienda reducir la extensión cubierta por el permiso o contrato; la bocamina, ubicada en la zona urbana, debe reubicarse. Todo el acervo probatorio enseña que la mina está por fuera del área urbana y los terrenos que la contienen, por estar bastante erogados, no permiten ni resultan aptos para la construcción de viviendas; por el contrario, lo recomendado es protegerlos a fin de evitar que se agrave el fenómeno erosivo y se produzcan deslizamientos en masa.

DECLARASE LA NULIDAD de las Resoluciones Nº 003755 de 22 de diciembre de 1987 y 00346 de febrero 26 de 1988, ésta confirmatoria de aquella, mediante las cuales la Dirección General de Asuntos Legales del ministerio de Minas y Energía negó la vonversión del Permiso Nº 233 en contrato de concesión y declaró terminado dicho permiso.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Tercera.- Santafé de Bogotá D.C.,cinco de mayo de mil novecientos noventa y dos

Consejero Ponente: *Dr. Juan de Dios Montes Hernández*

Referencia: Expediente Nº 5412, Actor: Hugo Muñoz Paz y Otros.

ANTECEDENTES PROCESALES

1. La demanda. Los señores Hugo Muñoz Paz, Edith Muñoz de Fernández, Lili Muñoz de Goméz y Elsa Muñoz de Noriega, por medio de apoderado regularmente constituído y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandaron a la Nación Ministerio de Minas y Energía, buscando satisfacer las siguientes pretensiones:

"Demando y solicito sea decretada la NULIDAD de las Resoluciones N° 000346 del 26 de febrero de 1988 y 003755 del 22 de diciembre de 1987, emanadas del Ministerio de Minas, Dirección General de Asuntos Legales, ante solicitud de conversión del Permiso N° 233, en contrato para la explotación del yacimientos de carbón en jurisdicción del Departamento del Valle, municipio de Cali.

"Si en la sentencia definitiva se accede a las súplicas de la demanda, solicito al H. Consejo de Estado ordenar al Señor ministro de Minas y Energía, suscribir el correspondiente contrato para la explotación de los yacimientos de carbón, con los actuales beneficiarios del Permiso N° 233." (fl. 51 C.1).

Los hechos que constituyen la causa *petendi,* están narrados así por los demandantes:

"1°.- El Ministerio de Minas en octubre 4 de 1962, le admitió al señor ARCADIO MUÑOZ ZUÑIGA, la solicitud de permiso N° 233, para la explotación de yacimientos de carbón en jurisdicción del municipio de Cali, Departamento del Valle del Cauca.

"2°.- El 31 de octubre de 1964, el Ministerio de Minas en Resolución N° 1365, señaló como zona asignada al Permiso N° 233, para la explotación de yacimientos carboníferos, un área de 24 hectáreas, con 0,124 metros cuadrados de extensión.

"3.- A la solicitud del señor Muñoz Zúñiga se pusieron los señores ADOLFO ARISTIZABAL, oposición que fue continuada por sus sucesores a través de las sociedades MORELIA LTDA., NUEVA MORELIA LTDA. y CRYSTALINDA., con base en la propiedad del mineral; BERNARDO TOBON, fundamentándola en la explotación de el yacimiento solicitado; y la urbanización "TERRENOS EL TEJAR LTDA.", por encontrarse parte del área del Permiso, en predios de esa Urbanización.

"4.- En la Resolución N° 1033 del 2 de julio de 1965, el Ministerio de Minas y Energía decidió las oposiciones, declarando inadmisible la de BERNARDO TOBON y 'terrenos El Tejar Ltda.', ordenando la remisión del expediente al tribunal Superior del Distrito judicial de Cali, decisión modificada en el sentido de enviar el proceso al Consejo de Estado, Sala de lo Contenciso Adminstrativo, en virtud de lo previsto en las normas sobre la materia

"5°.- El H. Consejo de Estado en fallo del 18 de mayo de 1970, dictado en juicio ordinario contra el Estado por sucesión del señor Adolfo Aristizabal, para que declarara que son de propiedad de la sucesión, los yacimientos carboníferos que se encuentran en la demanda, negando las suplicas de los sucesores de Adolfo Aristizábal.

"6°.- El 18 de enro de 1971, el ministerio de Minas y Energía profiere la Resolución N° 000020, otorgando Permiso al señor ARCADIO MUÑOZ PAZ, por el término de cinco años, prorrogables a otros cinco, permiso para la explotación de yacimientos carboníferos en un área de 24 hectáreas con 0,124 metros cuadrados, en jurisdicción del municipio de Cali, Departamento del Valle.

"7°.- La Resolución N° 000020 del 18 de enero de 1971, fue demandada por los sucesores de Adolfo Arstizabal, a pesar de haber sido vencidos en la tramitación del Permiso, solicitamos la NULIDAD y SUSPENSION PROVISIONAL del permiso No 233, demanda que fue radicada con el N° 1305 y tuvo como Consejero Ponente al Dr. OSWALDO ABELLO NOGUERA.

"8°.- El H. Consejo de Estado, decretó la Suspensión Provisional, ordenando al señor Alcalde Municipal de Cali, practicar el cierre de la mina, hecho llevado a cabo el 17 de octubre de 1972.

"9°.- Con providencia del 28 de enero de 1975, el H. Consejo de Estado en providencia que puso fin al litigio, negó las súplicas de la demanda instaurada por los secesores del señor Adolfo Aristizabal, a través de la sociedad NUEVA MORELLA LTDA., hecho que acasionó la reapertura de la mina.

"10°.- Por petición del interesado, señor ARCADIO MUÑOZ ZUÑIGA, el Alcalde Municipal de Cali, le notificó el 11 de abril de 1975, que la orden de cierre impartida por el H. Consejo de Estado y los apremios legales que le habían impuesto la Alcaldía, quedaban sin efecto a partir de la fecha.

11°. En providencia del 8 de marzo de 1976, a solicitud del beneficiario del Permiso N° 233, el Ministerio de Minas descontó el tiempo que permanecieron cerrados los trabajadores mineros, por la suspensión decretada en el H. Consejo de Estado.

"12°.- La Resolución N°002073 del 13 de noviembre de 1979, prorroga por cinco años más, la vigencia legal del Permiso N° 233, otorgado al señor ARCADIO MUÑOZ ZUÑIGA, para que prosiguiera los trabajos de explotación de yacimientos de carbón, en un globo de terreno de 24 hectáreas con 0.124 metros cuadrados a partir del 3 de septiembre de 1978, fecha que fue variada por el Ministerio de Minas a partir de la fecha de notificación de la providencia, diligencia que se llevó a cabo el dia 15 de noviembre de 1979, de conformidad con el artículo 2° de la citada providencia.

"13°.- El día 5 de agosto de 1982, el Ministerio de Minas produjo la Resolución N° 001233, en la que autorizó al señor ARCADIO MUÑOZ ZUÑIGA, para que traspasara por partes iguales a sus hijos HUGO MUÑOZ PAZ, EDITH MUÑOZ DE FERNANDEZ, LILI MUÑOZ DE GOMEZ y ELSA MUÑOZ DE NORIEGA, todos los derechos y obligaciones legales que tenía como beneficiario el Permiso N°233, cesión que fue aceptada

expresamente en escrito ante el Ministerio de Minas y los hace titular del derecho en la actualidad.

"14°.- El dia 3 de septiembre de 1984, estando plenamente vigente el Permiso N°233, los beneficiarios presentaron al Ministerio de Minas y Energía, solicitud de conversión del mismo CONTRATO, para de esta manera continuar las labores de explotación de los yacimientos carboniferos.

"15°.- El 9 de febrero de 1983, la señora LEONOR ELVIRA DE ARISTIZABAL, Representante Legal de la sociedad MORELIA LTDA., sucesores de Adolfo Aristizabal, nuevamente solicita al Ministerio de Minas el cierre y desalojo de la Mina EL DIAMANTE, propiedad de Arcadio Muñoz Zuñiga, amparada con el Permiso N° 233, en consideración a lo siguiente:

"a) El permiso y la Prórroga se encuentran vencidos desde hace tiempo.

"b) El beneficiario del Permiso no ha pagado los impuestos correspondientes.

"c) La explotación adelantada por el señor Muñoz es antitécnica y sin seguridad social.

"d) La bocamina en la actualidad se encuentra dentro del perímetro urbano de la ciudad de Cali.

"16°.- La división Legal de Minas, en Resolución de fecha 14 de noviembre de 1984, resuelve las peticiones de los sucesores de Adolfo Aristizabal, argumentando'Con respecto a lo pedido por la señora LEONOR ALVIRA DE ARISTIZABAL, en su primer memorial, no hay lugar a ello, pues, como se analizó en un principio los interesados del permiso han venido cumpliendo sus obligaciones y también han pagado el impuesto de carbón', concepto de la Resolución N°002325 de noviembre 14 de 1984.

"17°.- Se ordena en la Resolución N°002325 del 14 de noviembre de 1984, practicar una visita técnica a la zona objeto del Permiso N° 233, por funcionarios del ministerio de Minas, a fin de que se determine si dicho permiso se encuentra incluido dentro del perímetro urbano de la ciudad de Cali, y si es del caso efectuar la reducción correspondiente.

"18°.- Para dar cumplimiento a lo ordenado en la Resolución N° 002523, se comisionó al Ingeniero HERNANDO LARROTTA LOPEZ, funcionario del Ministerio de Minas, de la División de Ingeniería y Proyectos, Sección de Estudios de Ingeniería.

"19°.- Practicada por Larrotta López la comisión conferida, en abril de 1985 presenta el informe de su gestión, en el que concluye de la siguiente manera:

"1°) El permiso en estudio se encuentra por fuera del Perímetro Urbano de la ciudad de Cali.

"2°) El patio de acopio se encuentra por dentro del Prímetro Urbano.

RECOMENDACIONES:

"1°) Trasladar en centro de acopio el cual no se encuentra dentro del perímetro urbano.

"20°.- Inconformes con el informe de la visita técnica realizada por el funcionario del ministerio de Minas, los sucesores de Adolfo Aristizabal otorgan poder al Abogado DOUGLAS VELASQUEZ JACOME, quien para la época de las resoluciones acusadas resulta ser ASESOR DEL MINISTRO DE MINAS, para que continúe la opción al Permiso y la Conversión, solicitando el Abogado VELASQUEZ JACOME, el dia 22 de mayo de 1985, ordenar la cancelación total y definitiva del Permiso N° 233, por lo siguiente:

"a) Por encontrarse en permiso en zonas vedadas para la contratación, de conformidad al Decreto 1275 de 1970.

"b) Por objetar totalmente los resultados de la visita efectuada a la zona por el Ingeniero Hernando Larrotta López, solicitando se practique nueva diligencia para constatar la localización y explotación de carbón dentro del área urbana del Municipio de Cali.

"21°.- Consecuente con lo solicitado por el Dr. Douglas Velásquez Jácome, el Ministerio por resolución N°000601 del 14 de mayo de 1986, comisiona a DIEGO DURAN CABAL, jefe de la DIVISION LEGAL DE MINAS y a JAIME VILLARREAL MORALES, Jefe de la DIVISION DE INGENIERIA Y PROYECTOS, con el objeto de comprobar si en el área de permiso N° 233, se encuentra parte edificada de la población y en caso afirmativo, a qué distancia se encuentran dichas adificaciones. Así mismo en caso de estar dentro de estas circuntancias, para que determine el sitio a que se podría trasladar la bocamina y el patio de acopio.

"22°.- Los Comisionados DURAN CABAL y VILLARREAL MORALES rinden el informe de su Inspección Ocular a la zona del Permiso N° 233, el 16 de julio de 1986, cuyas conclusiones presentan en los siguientes términos:

"2.2. RESULTADO OBTENIDO

"2.2.1 El área del pemiso está totalmente por fuera del perímetro urbano.

"2.2.2 El barrio Siloé que también se encuentra por fuera del perímetro urbano está muy próximo al área del permiso, las viviendas más cercanas se encuentran a cinco metros de la línea H1B1 (Ver plano topográfico).

"2.2.3 Como se aparecía en las fotografías y en el plano topográfico, dentro del área del permiso existen unas viviendas, para lo cual el beneficiario del permiso debe dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 36 del Decreto 1275 de 1970.

"2.2.4 Respecto de la Bocamina, ésta se encuentra dentro del perímetro urbano, causando como se puede apreciar en las fotografias, problemas ecológicos por estar próxima a una serie de viviendas.

"En caso de que esta solicitud continúe su tramitación, la bocamina debe ser trasladada dentro del polígono de la misma, para lo cual se proponen los sitios cuyas coordenadas son:

"PROPUESTA BOCAMINA 1 N=108.587 E=108.994
"PROPUESTA BOCAMINA 2 N=108.674 E=109.005

"RECOMENDACIONES:

"Los comisionados proponen la reducción del área del polígono entre los vértices C1-H1-B1 y proponen los siguientes linderos:

"Partiendo del PA se sigue al vértice A con rumbo S 54°30' E y 300 metros, del vértice A al F1 N 35 30' E y 180 métros; del F1 a C1 S71°30'09"W y 648,89 metros; de R1 a 0 N 54°30' W y 100 metros; de Q a Z S 32°37'09" y 100 metros; de Z a B1 N 54°30'W y 258 metros y de B1 a AN 35°30' E y 470 metros para cerrar el polígono.

2. Se tuvo en cuenta también la delimitación del perímetro sub-urbano del Municipio de Cali con los respectivos usos del suelo y las distancias pertinentes consagradas en el Acuerdo 07 del 26 de septiembre de 1980, emanado del Concejo Municipal según el cual, esta área debe considerarse de erosión severa y por tanto no se permite ningún tipo de asentamiento humano.

"23°.- Los beneficiarios del Permiso N° 233, aceptan las recomendaciones formuladas en el informe de julio 16 de 1986, presentando el 3 de septiembre de 1986, memorial y plano recortando la parte cercana a las edificaciones del barrio Siloé, en los mismos puntos y linderos señalados por los comisionados del ministerio de Minas, quedando en definitiva un área de 23 hectáreas con 198,07 metros cuadrados, para la explotación carbonífera.

"24°.- Las edificaciones que muestran las fotografías a que se refiere el informe corresponden a dos campamentos para uso de los mineros, localizados a lado izquierdo de la bocamina, todo lo cual está dentro del perímetro urbano de Cali, pero por fuera del polígono minero.

"25°.- No es cierto el concepto negativo de la corporación Autónoma del Cauca, y menos que haya acogido el pronunciamiento de Planeación Munici-

pal de Cali, en el concepto N° SRN-GGA-019 del 14 de octubre de 1987, concepto que reafirma el N° SRN-GGA-009 de julio de 1987, al sostener que la explotación de la mina EL DIAMANTE es pequeña, artesanal, que no ocasiona daños al medio ambiente o a los recursos naturales renovables, de la cual derivan sustento diario sus propietarios.

"26°.- Para llenar los requisitos de ley, los actores presentaron estudio geológico-minero, elaborado por el Geólogo RAMON ACOSTA L., trabajo elaborado en el mes de agosto de 1984.

"27°.- No es cierto como se afirma en la Resolución N° 003755 del 22 de diciembre de 1987, que la localización de la bocamina, dentro del perímetro Urbano de Cali, haya originado una resolución de la Alcaldía en la que se dispuso el retiro de los rieles y el cierre. Fue el Ministerio de Minas, con base en la visita de abril de 1985, quien ordenó el cierre, oficiando al Alcalde para su cumplimiento.

"28°.- Es acomodaticio tratar de dar aplicación a la Resolución N° J-203 de 1985, sobre reglamentación de las edificaciones y normas a que debe someterse todo proyecto de urbanización, en consideración a que el Acuerdo N° 07 del Concejo de Cali clasificó esta zona como de EROSION SEVERA, y consecuente con la clasificación prohibe adelantar planes de cualquier tipo que indiquen asentamiento humano.

"29°.- No es cierto que la zona del Permiso N° 233 se encuentra dentro del área edificada de las poblaciones; uno de los vertices del polígono minero estaba cercano a las edificaciones del barrio Siloé, pero por recomendación del mismo Ministerio el área del permiso se recortó en esa zona, en la forma señalada por los Ingenieros de Minas.

"30°.- No es posible que la zona del Permiso N° 233 esté destinada principalmente a uso residencial, por cuanto el Concejo Municipal de Cali no ha modificado el Acuerdo N° 07 que clasifica la zona como de erosión severa, y prohibe cualquier tipo de asentamiento humano.

"31°.- Tampoco es cierto, como se sostiene en la Resolución N° 000346 del 26 de febrero de 1988, que nada se dijo de la reducción recomendada por los comisionados si como se anota en el hecho 23, los bebeficiarios del permiso recortaron la zona, atendiendo recomendaciones en tal sentido." (fls.51 a 58 C.1).

Lo relativo a las normas violadas y al concepto de su violación se presentó xcon este tratamiento:

"ESTATUTO MINERO, decreto 1275 de 1970.

"Artículo 36:
"Estipula la norma en su literal b), la prohibición de adelantar explotaciones mineras, en la parte edificada de las poblaciones, o dentro de la parte urbana, aclarando que se entiende por área urbana la correspondiente a la nomenclatura determinada por los acuerdos municipales.

"Si las dos visitas técnicas realizadas por el Ministerio de Minas, determinaron con absoluta precisión que la zona del Permiso no se encuentra dentro del Perímetro Urbano de Cali y los beneficiarios del Permiso redujeron la zona, por recomendaciones de una de las comisiones, para reiterarse de la zona edificada del barrio Siloé, los impedimentos de la norma fueron subsanados oportunamente y al no llamar el Ministerio a los solicitantes para suscribir el contrato de explotación, se violó la norma.

"Artículo 81:
"Determina el precepto legal, 'Una vez concluída la exploración del área objeto de la licencia y previa manifestación expresa del explotador sobre el mineral o minerales que pretende explotar. El Ministerio de Minas y Petróleos suscribirá con dicho interesado el contrato de concesión respectivo, el cual deberá llenar los requisitos previstos en los artículos 93 a 96 de este Decreto'.

"La norma contiene una órden al Ministerio de Minas la cual no se ha cumplido, por ello se violó.

"Artículo 154: (Modificado por el art, 23 del Dcto. 2821/71)

"Se establece el derecho preferencial que tiene el beneficiario de un permiso, para convertirlo en concesión, derecho preferencial que no ha sido acatado por el Ministerio de Minas y violando la norma." (fl. 59 C.1).

2. Se dispuso la notificación del auto admisorio de la demanda a las Sociedades denominadas Morelia y Crystalinda en cuanto aducen ser propiedades de los terrenos de la mina. Tales personas jurídicas están conformadas por los herederos del señor Adolfo Aristizabal, con quienes, por décadas, el inicial permisorio y luego sus causahabientes han sostenido diversos pleitos administrativos, policivos y judiciales porque aquéllos pretenden urbanizarlas mientras los demandantes desean continuar la explotación del yacimiento del carbón que en ellas existe.

Notificada la admisión de la demanda tanto el Ministerio de Minas y Energía como a las Compañías antes mencionadas, por medio de apoderado comparecieron para contestarla, para pedir pruebas y para oponerse por las pretensiones. Se decretaron conjuntamente las pruebas pedidas por las partes; posteriomente las sociedades desistieron de la Inspección Judicial acompañada de peritos que habían pedido practicar sobre los bienes vinculados a esta controversia.

En la oportunidad correspondiente, la demanda y las impugnantes presentaron los memoriales que obran a folios 88 a 97 del C.1; la parte guardó silencio.

3. El concepto fiscal. La doctora EDNE COHEN DAZA, Fiscal Segunda de la Corporación, estima que deben negarse las súplicas de la demanda, dado que los demandantes no lograron desvirtuar la presunción de legalidad que ampara a los actos administrativos acuasados. El concepto fiscal hace el siguiente análisis:

"El Ministerio de Minas y Energía, ante la solicitud de los señores MUÑOZ, para convertir el permiso en contrato de concesión, lo que ocurrió de 1984, ordenó la práctica de una visita al lugar objeto del permiso, siguiendo el trámite ordenado en las disposiciones vigentes, con el propósito de establecer si el área de dicho permiso se encontraba incluido dentro del perímetro urbano de la ciudad de Cali.

"La decisión a la solicitud de los beneficiarios del mencionado permiso quedó así supeditada a la definición anterior.

"A la administración le está prohibido contratar la explotación 'en la parte edificada de las poblaciones o dentro del área urbana'. (art. 36 Decreto N° 1275 de 1970 y Decreto 3050 de 1984). Así pues era de suma importancia definir el punto anterior entes de decidir la solicitud formulada por los demandantes.

"Al folio 19 y siguientes del cuaderno N° 1, aparece uno de los informes de visita que se practico al área del permiso N° 233. En él se dejó consignado:

"Resultado obtenido

"2.2.1 El área de permiso está totalmente por fuera del perímetro Urbano.

"22.2.2 El barrio Siloé que también se encuentra por fuera del perímetro Urbano está muy proximo al área del permiso, las viviendas más cercanas se encuentran a cinco (5) metros de la línea h1-B1 (ver plano topográfico).

"2.2.3 Como se aprecia en las fotografías y en el plano topográfico, dentro del área del permiso existen unas viviendas, para lo cual el beneficiario del permiso debe dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 36 del Decreto 1275 de 1970.

"2.2.4 Respecto de la Bocamina, ésta se encuentra dentro del perímetro urbano, cusando (sic) como se puede apreciar en las fotografías, problemas ecológicos por estar próxima a una serie de viviendas'.

"El Ministerio tuvo también conocimiento de la Resolución J 203 de 1985 expedida por la Junta de Planeación Municipal, en la cual se admitía que el mencionado permiso se encontraba en un área edificada del municipio. Por

esta circunstacia, el Ministerio ordenó una nueva visita, en la cual se pudo establecer, que el permiso se halla fuera del perímetro urbano, que las viviendas del barrio Siloé, ubicado fuera del perímetro urbano también, se encuentra a cinco (5) metros del polígono del permiso y que la bocamina de la mina sí se encuentra dentro del perímetro urbano.

"Al folio 34 del Cuaderno N° 1, aparece anexado el concepto técnico emitido en octubre de 1987 por el Subdirector de Recursos Naturales de la Corporación Autónoma Regional del Valle dl Cauca, en el cual se lee: '...conceptúa que no se hace necesaria la aclaración del Concepto Técnico referido, teniendo en cuenta que el Departamento Administrativo de Planeación Municipal de Cali, Subdirección de Estudios Integrales en fecha septiembre 21 de 1987 rindió concepto negativo para la localización de la explotación minera en el área de la parte del Cerro Los Cristales, sitio de ubicación de la zona contentiva del PERMISO N°233, al encontrarse dicha zona localizada en su mayor parte en un área de actividad residencial forestal y en menor proporción en un área de actividad residencial R.I., acorde con la zonificación y clasificación establecidas en el Código Urbano vigente para el municipio del Cali.'

"El concepto técnico respecto al permiso 233, al cual se refiere el punto anterior, aparece anexado al folio 35 del cuaderno N° 1. En él se lee: 'El Acuerdo 016/69 estuvo vigente hasta la expedición del código Urbano Decreto 0659 del 1986, pero es necesario destacar que aunque ha habido un cambio de norma, la zona materia de la consulta conserva su carácter de área destinada principalmente al uso residencial y por consiguiente no puede permitirse las industrias extractivas o mineras cuyo uso se considera incompatible con el de la vivienda.

"Concepto:

"Con base en lo anterior y teniendo en cuenta que las Empresas Municipales de Cali adelanta en la actuación el proyecto del Acueducto de la Reforma, destinado a dotar y mejorar este servicio, en el sector donde se localiza el predio materia de la consulta, hecho que refuerza aún más el carácter de uso residencial que se le ha dado a la zona, la Subdirección de Estados Integrales, emite concepto negativo para localizar en dicha área una explotación carbonífera.

"En el presente caso prevaleció la prueba tendiente a demostrar que la zona del permiso N° 233 estaba realmente habitada, no pudiendo el Ministrio en esas circunstancias autorizar la explotación de la mina, pues incurriría en violación de la ley que así lo prohibe.

"Así pues, la Resolución N° 003755 de 22 de diciembre de 1987 que negó la conversión del permiso N° 233 en contrato de concesión y dió por terminado el permiso, se ajustó a las pruebas existentes y a las disposiciones legales que rigen la materia." (Fls. 100 a 103 C. 1)

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A. En la legislación minera vigente para la época en que se adelantó la atención administrativa objeto de impugnación, regía como principio orientador para la interpretación de sus normas las razones de utilidad pública e interés social que las informan (Art. 2 del Decreto 1275 de 1970).

Aquella disposición, y el artículo 7° del Decreto 2655 de 1988, precisaban que en caso de conflicto debía reconocerse la prevalencia de la minería, como representativa del interés púiblico social, frente al interés privado; estos mismos preceptos, sumados al artículo 3° del Decreto 2477 de 1986, señalaban que el logro de los objetivos legales era necesario para el desarrollo de la economía del país y para el cumplimiento de los deberes sociales a cargo del Estado y de los asociados. Esos principios se conservan en el Decreto Ley 2655 de 1988, artículo 7°.

En lo concerniente a las normas que la demanda considera violadas por los actos acusador, se observa:

a.- El artículo 154 del Decreto 1275 de 1970 (subrogado por el 23 del Decreto 2181 de 1972) estatuía que el beneficiario de un permiso minero tiene derecho preferencial para pedir y obtener su conversión a contrato de concesión, cuyos términos deben ser acordados con arreglo a las normas que regulan la materia.

Esta disposición se complementaba en lo pertinente, con el artículo 81 del mismo estatuto, cuando determinaba que, concluída la etapa de explotación del yacimiento antes otorgado en permiso o licencia, previa aclaración sobre los minerales que pretendía continuar explotando, el Ministerio de Minas y el interesado debía suscribir un contrato de concesión minera ajustado a las prescripciones contenidas en los artículos 93 a 96 de ese texto legal. El convenio se debía firmar dentro del mes siguiente a la aprobación de la solicitud y su duración no podía exceder de 30 años (Art. 100 ibídem).

b.- El mismo estatuto, artículo 36, ordinales b) y d), concorde del 157, prohibía adelantar actividades de minería en los siguientes lugares:

"c) En la parte edificada de las poblaciones o dentro del área urbana. Para estos efectos se entiende por érea urbano la extensión comprendida dentro de la nomenclatura correspondiente a la determinada por los Acuerdos Municipales.

"d) Dentro de los patios, jardines, huertas y solares de las habitaciones rurales, salvo que lo permita el propietario poseedor".

Sobre este particular es bueno advertir que,para los efectos de la ley 200 de 1936, se entiende por fundo o predio rural aquél que se halle situado fuera de los limites legalmente determinados como área de la respectiva población y si no existiese reglamentación, el que esté situado a una distancia mayor de 100 metros

de las últimas edificaciones que conforman su nucleo urbano (Art. 3° del Decreto 0589 de 1938).

c.- El Concejo Municipal de Cali, mediante los acuerdos N° 04 y 07 de 15 de septiembre de 1980, señaló el área urbana y suburbana de la ciudad. Esta se definió como aquélla que está a continuación de la primera, de la cual se distingue porque no posee capacidad instalada de servicios publicos, pero que es susceptible de ser incorporada al proceso de desarrollo urbano.

En el segundo de los acuerdos citados, se reconoce la existencia de las denominadas *"ZONAS E.M.C.". que son aquellas donde se encuentran localizadas minas y canteras y donde se presenta erosión severa y por tanto, no se permite ningún tipo de asentamiento urbano"* (subrayados fuera del texto).

Conforme a la certificación que expidió el Concejo, dichos Acuerdos continuaban vigentes en febrero de 1988, vale decir, aun después de la fecha de expedición de las Resoluciones acusadas.

d.- No obstante que los mencionados, tácitamente, finalizaron la vigencia de los que anteriormente regulaban la materia la Junta de Planeación Municipal, acogiéndose al Acuerdo N° 16 de 1969, dictó la Resolución J-032 de 1981, mediante la cual acogió la petición elevada por la parte impugnadora y rezonificó el predio la Morelia, en el cual se halla una parte de la mina, trasladándolo de zona de reserva erosionada a "R3" o sea destinándolo "a vivienda y usos domésticoa complementarios de los cuales pueden obtener ingresos sus residentes".

Además y con apoyo en el mismo Acuerdo, profirió la resolución J 203 en enero de 1985, delimitando los cerros de los Cristales, en el cual se localiza la mina, y de Las Tres Cruces, reiterando su uso residencial.

Ninguno de estos actos administrativos, se ocupa en concreto de regular la destinación de los terrenos en los que existe el yacimiento de carbón, el cual, como se vió, desde hacía muchos años atrás contaba con el permiso de esploración otorgado por el Ministerio de Minas y Energía.

e.- En ejercicio de las facultades que le fueron otorgadas por el Concejo, el Alcalde Municipal de Cali expidió el Decreto Extraordinario N° 0659 de 31 de julio de 1986 o Código Urbano de esa ciudad, por el cual se ratifica que las áreas urbanas y suburbanas corresponden a las que fueron delimitadas en los Acuerdos 04 y 07 de 1980.

Esta nueva codificación derogó en forma expresa el Acuerdo 016 de 1969 que había servido de base a Planeación Municipal para dictar las Resoluciones Nos. j-032, y en armonía con el Acuerdo 07 relativo a las áreas suburbanas, mantuvo la decisión de destinar el Cerro Los Cristales a vivienda y reforestación; estas labores de protección del medio ambiente no son incompatibles con ninguna actividad residencial.

B. De los medios de prueba recogidos en el sublite resultan acreditados los siguientes hechos que permiten deducir la prosperidad de las pretensiones demandadas. En efecto:

1. Mediante escrito que, con sus anexos, hicieron llegar al Ministerio el 3 de septiembre de 1984, los demandantes solicitaron autorizar la conversión del Permiso 233 en contrato de concesión; la parte impugnadora se opuso a dicha petición.

2. Para resolver la solicitud y, con el fin de constatar sí como lo afirmaban los opositores el área de aquel permiso se encontraba dentro del perímetro urbano, la Resolución N° 000192 de 15 de febrero de 1985, ordenó practicar una inspección técnica a los terrenos.

Del informe que rindió el funcionario comisionado, agregado a autos en fotocopia autenticada y transcrito en los hechos de la demanda, se desprende con claridad que la mina queda por fuera de la zona urbana de Cali; el patio de acopio si estaba dentro de ella razón por la cual se recomendó su traslado.

Las personas jurídicas interesadas en urbanizar el lugar expresaron su inconformidad con aquel resultado motivo por el cual el Ministerio decidió practicar una segunda visita técnica cuyo informe también obra en autos y también se transcribió parcialmente en el capítulo de hechos del libelo inicial del proceso. Sus conclusiones en lo asencial coinciden con las del primer concepto.

En resumen, en opinión de los expertos y técnicos del Ministerio, la mina está por fuera del área urbana de Cali; cercanas y al interior de dicha área, como asentamiento informal, existen algunas viviendas, por lo cual se recomienda reducir la extensión cubierta por el permiso o contrato; la bocamina, ubicada en la zona urbana, debe reubicarse. Para rendir ese dicamen, se destaca que "*se tuvo en cuenta el Acuerdo 07, de conformidad con el cual 'esta área debe considerarse como de erosión severa y por tanto no se permite ningún tipo de asentamiento urbano'*".

3. Previo al examen de cualquier otro aspecto fáctico del litigio, es del caso mencionar que cuando habían transcurrido casi dos años contados desde la fecha de iniciación de la actuación administrativa, se expidió el Decreto 2477 de julio 31 de 1986, reglamentario de las leyes 60 de 1967, 20 de 1969 y 61 de 1979, y derogatorio del Decreto 1275.

El nuevo texto reglamentario mantuvo la exclusión de algunos sectores de las labores de minería; en lo que interesa para este proceso, dispuso que tales actividades no se podrían desarrollar.

2. En la parte edificada de las poblaciones, dentro del área urbana y metropolitana, en esta última, siempre y cuando haya concepto desfavorable de la autoridad competente, Art. 20.

Señaló que el área urbana está constituída por los terrenos vinculados al desarrollo urbano situados al interior de la línea que la delimita. La zona metropolitana, se define como aquella que se organiza cuando varios municipios, vecinos y afines en sus necesidades y soluciones, integran una unidad con un régimen legal propio.

El concepto desfavorable a la operación de minería en las zonas metropolitanas, solo podía producirlo el alcalde municipal, en armonía con lo preceptuado en el artículo 131 del Decreto 1333 de 1986. tal interpretación, también encuentra apoyo en el actual Código de Minas, Decreto 2655 de diciembre 23 de 1988, artículo 10°, que en lo pertinente, dispone:

"Podrán adelantarse actividades mineras en todo el territorio nacional, exceptuando las siguientes áreas:

"a) Dentro del perímetro urbano de las ciudades y poblaciones determinado por los acuerdos municipales, *salvo que lo autorice el Ministerio, previo concepto de la correspondiente alcaldía;"* (subrayados fuera del texto).

La reducción a las limitaciones y restricciones a la industria minera que contiene la norma transcrita, en relación con las disposiciones que se citaron antes, permite afirmar que la intención del legislador fue y es la de que las autoridades locales, sino que esten sometidas unicamente a la aplicación que, de las normas legales pertinentes, haga el Ministerio de Minas y Energía.

Del último precepto fluye claramente que, a partir de su vigencia, desapareció la restricción de la ubicación de los depósitos mineros en las áreas metropolitanas.

3. Según escrito que, acompañado de anexos, fue presentado a la administración el 3 de septiembre de 1986, la parte actora allanó su solicitud de conversión del permiso a contrato de concesión a las exigencias y recomendaciones hechas por los técnicos del Ministerio y con ese propósito redujeran el área del yacimiento de carbón que pretenden seguir explotando y procedieron a reubicar tanto el patio de acopio como la bocamina o puerta de entrada a los socavones.

4. Por iniciativa del Ministerio, la corporación Regional del Valle del Cauca, "C.V.C." rindió concepto favorable sobre la viabilidad del contrato de concesión. Este concepto técnico, identificado con el código SRN-GGA-099, incluso los examine de presetnar la declaración de efecto ambiental "*por tratarse de una explotación artesanal, que no ocasiona daños al medio ambiente de los recursos naturales renovables*". (subrayas fuera del texto).

De esa experticia, merecen destacarse las siguientes consideraciones:

"ASPECTOS SUELOS.- Los suelos de la zona han sido bastante erodados por las presiones de la tierra, las quemas y localización de viviendas, para los cuales se recomienda sembrar algunos pastos nativos de la región, con el fin de evitar problemas erosivos y deslizamientos en masa" (sybrayados de la Sala).

5. Pese a que el artículo 2° del Decreto 2477 de 1986 había dispuesto simplificar los trámites administrativos; que habían transcurrido tres años desde que se hizo la solicitud de conversión; y que la administración contaba con tres conceptos favorables a dicha petición, sin embargo se decretaron nuevas pruebas.

A la C.V.C. se le pidió aclarar su concepto, no obstante su precisión, claridad, explicitud y concreción en los tópicos sometidos a su análisis. De allí que esta entidad manifestara que no era del caso aclararlo teniendo en cuenta que el Departamento Administrativo de Planeación Municipal se había pronunciado de manera adversa a la localización de la mina; en todo caso, advierte que "corresponde ya al Ministerio de Minas y Energía, por ser de su competencia, tomar la decisión final".

Fácilmente se aprecia que la C.V.C., en ningún momento se plegó a la posición de Planeación Municipal, no sólo para no contrariar el Acuerdo 07 de 1980, sino principalmente siendo coherente con su dictamen inicial, en el cual había analizado prolijamente la situación tanto desde el punto de vista técnico como desde el jurídico.

De los preceptos a que se ha hecho referencia y de los hechos narrados, se concluye que en el caso no era procedente solicitar la opinión de aquella dependencia municipal y menos acoger su criterio adverso, contenido en el Memorando de 22 de septiembre de 1987. En primer lugar, porque el literal d) del artículo 36 del Decreto 1275 de 1970 no se previó la participación directa o indirecta de corporaciones y organismos distintos del Concejo Municipal y, con mayor razón, porque los dictámenes rendidos por los funcionarios del propio Ministerio y la C.V.C., mostraban que la mina se halla por fuera del área urbana; y en segundo lugar (suponiendo que aquella petición debiera resolverse con aplicación del ordinal b) del Artículo 20 del Decreto 2477 de 1986), porque la única causal para negarla con el depósito minero esté ubicado dentro del área metropolitana cuya existencia no se acreditó en el proceso; pero incluso en esta hipótesis el concepto adverso debía emitirlo, privatimamente y de manera excluyente, el respectivo Alcalde Municipal.

Por último, debió desestimarse la opinión de planeación Municipal que se apoya en la Resolución J-032, que a la sazón había perdido vigencia por la derogatoria, primero tácita y luego expresa del Acuerdo Municipal N° 016 de 1969, y que sitió la mina en la urbanización La Morelia esta constituída por suelos erosionados e inestables, que so pena de crear grave riesgo, no permiten asentamiento humano.

No se ajusta a la realidad procesal la motivación de los actos impugnados cuando afirma que los técnicos del Ministerio llegaron a la conclusión de que el permiso se encuentra dentro de la zona delimitada en las Resoluciones J-203, pues tales funcionarios ni siquiera la mencionan.

En esas condiciones no se puede compartir y menos prohijar la valoración que hizo la administración en los actos causados, ya que todo el acervo probatorio enseña que la mina está por fuera del área urbana y que los terrenos que la contienen, por estar bastante erodados, no permiten ni resultan aptos para la contrucción de viviendas; por el contrario, lo recomendado es protegerlos a fin de evitar que se agrave el fenómeno erosivo y se produzcan delizamientos en masa.

En virtud de lo anterior, surge una clara, manifesta y ostensible violación de las normas superiores que debieron observarse; en consecuencia, la Sala dispondrá en la parte resolutiva de este fallo la anulación de las resoluciones materia de impugnación.

No podrá ordenarse, en cambio, como lo pide la parte actora, la celebración del correspondiente contrato de concesión minera porque la Entidad deberá estudiar los demás alementos de la solicitud y si es del caso aprobarlos y ordenar su corrección; igualmente se deberá informar a la demandante sobre las condiciones, usuales en estos casos, a que habrá de ajustarse la convención, todo de conformidad con la legislación que imperaba para cuando se formuló la petición, salvo disposición en contrario.

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: DECLARASE la nulidad de las Resoluciones Nº 003755 de 22 de diciembre de 1987 y 00346 de febrero 26 de 1988, ésta confirmatoria de aquélla, mediante las cuales la Dirección General de Asuntos Legales del Ministerio de Minas y Energía negó la conversión del Permiso Nº 233 en contrato de concesión y declaró terminado dicho permiso.

SEGUNDO: NIEGASE las demás súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQESE Y CUMPLASE.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

EXTINCION DEL DOMINIO/ EXPLOTACION ECONOMICA/ CARGA DE LA PRUEBA

Las pruebas acreditan que para la fecha de la diligencia de alineación de zonas y durante los años anteriores a ella, la zona objeto de extinción del dominio que fue explotada economicamente por su titular. Tanto en el trámite administrativo como en la acción de revisión, la carga de la prueba de la explotación incumbe al respectivo propietario. Lo cultivado por terceros que no reconocen vínculo de la dependencia con el propietario inscrito, no se tomará en cuenta para acreditar la explotación que a él corresponde, y si afirma la preexistencia de esa relación con los colonos, deberá probarse. A pesar del crédito institucional, la zona que venía inculta continuó inexplorada sin que en ello tuviese injerencia alguna al proceso ejecutivo. En esas precisas circunstancias, dicho proceso no constituye fuerza mayor o caso fortuito, con la virtuosidad de justificar el abandono de la explotación, sino que es consecuencia previsible y obligada de la renuncia o omisión a ejercer la explotación económica en las tierras.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Aministrativo.-Sección Tercera.- Santafé de Bogotá D.C.,seis de mayo de mil novecientos noventa y dos

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

Referencia: Expediente No. 5177, Actor: SOC. "INVERSIONES Y BODEGAS LTDA".-

Mediante apoderado especial la Sociedad INVERSIONES Y BODEGAS LIMITADA, en ejercicio de la acción que consagra el artículo 8o. de la ley 200 de 1936, formula demanda, el 24 de agosto de 1987, con el objeto de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

"1.- Se decrete la REVISION el procedimiento de extinción del derecho de dominio privado adelantado por el INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA "INCORA" en relación con parte del predio rural denominado "EL PROGRESO", ubicado en Jurisdicción del municipio de Calamar, departamento de Bolívar, predio que era de propiedad de mi poderdante y cuyo procedimiento de extinción se inició por medio de la resolución número 1892 del 19 de diciembre de 1977 proferida por el Señor Gerente Regional de Proyecto Bolívar de la entidad antes citada.

"2.- Como consecuencia de la revisión, se declare que son nulos el artículo 1o. de la resolución número 002822 del 11 de junio de 1987 proferida por el Gerente General del INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA "INCORA" y la resolución número 045 del 11 de junio del mismo año de la junta Directiva del Instituto mencionado por medio de las cuales declaró extinguido a favor de la Nación, el derecho de dominio privado sobre parte del predio rural denominado EL PROGRESO ubicado en Jurisdicción del municipio de Calamar Departamento de Bolívar, y que es de propiedad de mi poderdante.

"3. Asimismo y como consecuencia de las declaraciones anteriores y a manera de restablecimiento del derecho se condene al INTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA "INCORA" a pagarle a mi poderdante o a quien su derecho represente, el monto total de los perjuicios causados, con la expedición de los actos arriba citados.

"4. Las condenas se actualizarán a la fecha de la sentencia, siguiendo para ello, los sistemas, métodos y procedimientos adoptados por la Sección Tercera del Consejo de Estado para casos similares, o en fin, por cualquier otro sistema que conduzca a igual propósito.

"5. Igualmente, y a título de restablecimiento del derecho se condene al INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA "INCORA", a pagar a mi poderdante, o a quien sus derechos represente, el lucro cesante sobre la cantidad actualizada a que se refieren los numerales anteriores, y consistentes al menos en los intereses comerciales desde la fecha en que se causó el daño hasta cuando se produzca su reconocimiento.

"6. La sentencia se le deberá comunicar al señor Gerente General del INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA "INCORA", a fin de que le dé cumplimiento en el término previsto por el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo. Las condenas devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria y moratorios una vez cumplido este término, sin perjuicios del ajuste de que trata el artículo 178 del mismo estatuto". fls. 21 a 22 C.I).

CAUSA PRETENDI

Los hechos narrados en el libelo como causa de las pretensiones se compendian de esta manera:

1.- La sociedad FINCA EL PROGRESO LIMITADA obtuvo de la CAJA AGRARIA un préstamo para la explotación ganadera de un sector del predio rural denominado EL PROGRESO, ubicado en jurisdicción del municipio de Calamar, Departamento de Bolívar; para garantizar el pago constituyó hipoteca sobre el mismo inmueble.

El cumplimiento de las obligaciones contraidas por la Sociedad condujo a la iniciación de un proceso de ejecución con medidas cautelares de embargo y secuestro sobre el bien hipotecado. Para la época en que se cumplieron las medidas cautelares, en el fundo pastaban casi un centenar de semovientes, y el área que lo comprende estaba explotada legalmente de la siguiente manera: 60 Has, destinadas a la ganadería; 200 Has, se hallaban en poder de arrendatarios; y el resto se cubría de rastrojos altos o bosques secundarios, por falta de aptitud para explotaciones agropecuarias, según el concepto de un funcionario visitador del Inderena. Esta zona se debía mantener como cobertura vegetal protectora. El proceso ejecutivo y las medidas cautelares se constituyeron en causales de fuerza mayor o de caso fortuito que impidieron al titular de dominio ejercer posesión material con ánimo de señor y dueño. Es posible que el secuestre no haya cumplido fielmente con sus deberes legales; pero ese hecho no es imputable al propietario de las tierras.

2.- La actora adquirió el dominio del inmueble mediante la Escritura Pública No 2.530 en noviembre 10 de 1977, suscrita en la Notaría 5a. del Círculo de Barranquilla.

3.- Para esa misma época, algunos trabajadores que laboraban en el fundo se dirigieron a Incora solicitándole intervenir la propiedad para lo cual sostenían que se les estaba exigiendo la restitución de sus parcelas.

En desarrollo de lo dispuesto en el artículo 8o. del Decreto 1577 de 1974, Incora dispuso la práctica de una diligencia de visita previa la cual se efectuó el 28 de noviembre de 1977. Del informe rendido desprende que 200 Has. están siendo explotadas por ocupantes; 60 Has, se encontraban en rastrojos medios nutridos; y las 458 Has, restantes se cubrían de rastrojo alto o bosque natural secundario. El mismo informe agrega que los ocupantes se establecieron en sus lotes entre 3 a 20 años atrás y que en la heredad no se observaron ganados.

4.- Con base en la información así recogida, Incora profirió la resolución 1.892 en diciembre 19 de 1977, con la cual se inició el trámite administrativo objeto de revisión.

5.- Posteriormente (enero y febrero de 1981), se realizó la diligencia de alindación de zonas y luego el expediente rotó por varios años entre la oficina

regional del Incora y sus oficinas centrales que habían formulado varias y consecutivas observaciones a esa diligencia a causa de la indemnización de la situación jurídica de los ocupantes; esa circunstancia condujo a la realización de nuevas al predio y al incremento de los ocupantes de hecho. Por su parte, los precaristas optaron por declarar que no reconocían vínculo de dependencia con la firma propietaria, con la esperanza de obtener gratuitamente la propiedad de las parcelas que habían recibido de mera tenencia.

NORMAS Y CONCEPTOS DE LA VIOLACION

Deduce la demandante que con la actuación administrativa objetivo de revisión se violaron los artículos 16 y 30 de la Constitución Nacional; 1o, 6o, 8o, y 12 de la ley 200 de 1936; 27 de la ley 135 de 1961; 3o de la ley 4a. de 1973; 2o 3o, y 11 del Decreto 1577 de 1974 y; 1o. de la ley 95 de 1890.

En su exposición sobre el concepto de la violación, no obstante declarar que las tierras se hallaban legalmente explotadas durante el período para el cual los actos administrativos impugnados deducen lo contrario, afirma que:

> "En el presente asunto tenemos que las resoluciones acusadas violan el ordenamiento legal colombiano, en razón a que en el asunto que se estudia se presenta una de las excepciones que contempla la legislación agraria como justificativa de la inexplotación del predio. En efecto, el artículo 2o del Decreto 1577 de 1974, dispone que: "La inexplotación del predio sólo podrá justificarse con fundamento en hechos que, conforme al artículo 1o de la ley 95 de 1890, sean constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito". Ahora bien, de acuerdo con el artículo 1o de la citada ley "Se llama fuerza mayor o caso fortuito al imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigo, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario, etc." (fl. 31 C.1).
>
> Luego deduce:
>
> "Pues bien a mi poderdante se le privó por orden de autoridad competente de la posibilidad de administrar el predio. Este hecho que está suficientemente demostrado en el expediente, comprueba que no hubo abandono o desidia en el cuidado de los predios, sino que como se designó un secuestre para él, a quien le correspondía, por mandato judicial, administrar y cuidar el bien como si fuera propio" (fl 32 C. 1).
>
> Más adelante puntualiza:
>
> "En efecto tal como consta en el expediente la mayoría de las tierras estaban sujetas a una reserva forestal, tal como lo establece el Código de Recursos Naturales a la fecha en que se efectuó la visita o inspección ocular..."

Y para finalizar, concreta el siguiente resumen:

"Por esa razón es sabido el precepto contenido en el artículo 27 de la Ley 135 de 1961. En efecto, dicha norma señala que la adecuada o no explotación económica se debe comprobar al momento de la inspección ocular, siguiendo para ello las pautas señaladas por el artículo 24 ibídem. Y es precisamente esta norma, la que desconoció el INCORA, por cuanto en primer lugar para esa época, el predio se encontraba embargado y secuestrado, si habían cultivos en una parte del predio, existía ganado y había una zona de reserva forestal, tal como la señaló en su oportunidad el INDERENA.

"(...)
"En ese orden de ideas es lógico concluir que para la fecha en que se inició el procedimiento de extinción del dominio, mi poderdante cumplía con las exigencias de la Ley 135 de 1961 y la Ley 200 de 1936, y aún asumiendo que esto no fuera así, la sociedad demandante estaba exonerada de ello, por razones de "Fuerza Mayor" como es la orden de autoridad competente (fls.33 y 34 C. 1).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Hallándose concluido el trámite legal sin excepciones que resolver ni vicio que invalide lo actuado, es procedente entrar a decidir el fondo del sub-lite, previo el siguiente análisis de la cuestión litigada.

1. En su oportuno alegato de conclusión visible a folios 190 a 196 del C.1, la parte actora luego de discutir sobre las pruebas arrimadas al expediente, de las cuales hace sus propias inferencias, concluye solicitando despachar favorablemente sus pretensiones.

En escrito de conclusión de la entidad demandada que obra a folios 197 a 204 ibídem, pide mantener incólumes los actos administrativos objeto de revisión en virtud de que las razones que invoca el demandante carecen de atendibilidad jurídica.

El concepto del Ministerio Público de octubre 3 de 1990, rendido por la doctora Ende Cohen Daza Fiscal 2o de la Corporación, está agregado a folios 202 a 212 del C. 1).

El Incora coincide con el concepto Fiscal cuando estima que las pruebas aportadas al trámite administrativo, cuyo expediente se allegó al proceso, como la inspección judicial y el dictamen pericial practicados en la revisión, acreditan que efectivamente para la fecha de la diligencia de Alindación de Zonas y durante los años anteriores a ella, la zona objeto de extinción del dominio no fue explotada economicamente por su titular y que, en esas condiciones, lo procedente es rechazar las súplicas de la demanda.

2. El Consejo de Estado fallo de esta misma Sección de 30 de marzo de 1968, refiriéndose a la extinción de dominio en materia agraria, expresó:

> "De conformidad con la ley 200 de 1936, dictada en desarrollo del principio constitucional que consagró la función social de la propiedad privada, todo fundo en que el propietario por sí o por medio de terceros no establezca una explotación adecuada, contante y regular en un lapso de diez años o más, regresa al patrimonio del estado, mediante declaración que desde la vigencia de la 135 de 1961 hace o debe hacer el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, en providencia en que declare extinguido el derecho de dominio del propietario.
>
> "Se extiende la explotación económica adecuada de predios dedicados a la agricultura, aquellos en que en realidad se cultiven en forma constante no esporádica, en cuanto lo permitan las calidades de los suelos; y tratándose de ganaderos, los que se ocupan permanentemente o estacionalmente con ganados, según la mayor o menor bondad de las tierras, permitiéndose en todos los casos las reservas de bosques indispensables para la conservación de las aguas, provisión de maderas para el sostenimiento de la finca, ensanchamientos futuros del negocio, o para evitar la erosión de las tierras empinadas o inutilizables" (Consejo de Estado, Diccionario Jurídico, Tomo II, pag. 391).

Con posterioridad a esa Sentencia, la Ley 4a de 1973 (que rige a partir del 29 de marzo del mismo año), introdujo modificaciones a los artículos 1o, 6o y 12 de la Ley 200 de 1936, conjunto normativo que precisamente la demanda invoca como vulnerado en el procedimiento objeto de esta revisión.

El primero de dichos preceptos señala a los interesados las pautas que en materia de explotación acreditan el ejercicio de su posesión en relación con la propiedad agraria; el segundo reitera la procedencia legal de declarar la extinción del dominio y reduce el plazo de inexplotación que la hace posible a tres años continuos, con la excepción de los eventos de fuerza mayor o caso fortuito, que tiene efectos interruptivos de la inexplotación que lo haya precedido; es decir, cuando el tiempo transcurrido hasta entonces en menor de tres años, pues si es igual o mayor, por la misma razón deberá dictarse la medida, que cancela el derecho de dominio. El tercero de los citados artículos de la Ley 200 de 1936 (con las modificaciones introducidas a él por la Ley 4a de 1973), estatuye una prescripción agraria adquisitiva del dominio de tierras de propiedad privada que hayan sido poseídas de buena fe, con el convencimiento que se trata de baldíos, y a condición de que esa posesión se cumpla por cinco años continuos, en la forma prevista por la misma ley.

De otra parte, la ley 135 de 1961 precisa que son susceptibles de extinción del dominio los terrenos que se encuentren cumpliendo normas sobre protección de los recursos naturales, estén economicamente explotadas, o presuman que lo están para la oportunidad de la diligencia de inspección ocular a que se refiere su artículo 24 (o en la alineación de zonas, prevista en el artículo 13 del Decreto 1577 de 1974),

según lo dispuesto en ese mismo estatuto, en la ley 200 de 1936 y en los artículos 4o. y 5o. del decreto citado.

Tanto en el trámite administrativo como en la acción de revisión, la carga de la prueba de la explotación incumbe al respectivo propietario *(onus probandi incumbit actori)*, a través de la tarifa, limitada, de medios de prueba principales y supletorios dispuesta a ese efecto en los artículos 24 a 27 de la ley 135 de 1961 y 12 a 22 del Decreto 1577 de 1974.

Esas mismas disposiciones prevén que lo cultivado por terceros que no reconocen vínculo de dependencia con el propietario inscrito, no se tomará en cuenta para acreditar la explotación que a él corresponde, y si afirma la preexistencia de esa relación con los colonos, deberá probarlo. (art. 26 de la ley 135 de 1961 y 6o. del mismo Decreto).

3. Para la Sala, en el marco jurídico que se ha dejado expuesto y con base en las pruebas y en las alegaciones que obran regularmente aducidas al expediente, no pueden prosperar las pretendidas causales de fuerza mayor o caso fortuito que deriva la demandante del proceso ejecutivo, ya que los antecedentes permiten concluir que, por el contrario, dicho proceso fue consecuencia del abandono de las tierras. En efecto:

A. La sociedad Finca el Progreso Limitada, antecesor inmediato de la actora, en el dominio del predio, obtuvo que la Caja Agraria le otorgara un crédito para la explotación de una porción de las tierras que integran el fundo, concretamente para destinarlo, en una parte a la compra de ganado, y el resto a la limpieza de rastrojos y mejoramiento de pastos en 100 Has.,y desmonte de 280 Has. más, todo con el fin de incorporar a ese renglón de explotación aproximadamente 380 Has. (fls 56 a 59 Anexo 1, y 11 a 132 Anexo 2).

B. La Sociedad propietaria en esa época no realizó los trabajos e inversiones programadas y además incurrió en mora en sus pagos a partir del 26 de agosto de 1975, conducta que obligó a la Caja Agraria a promover el proceso con la demanda que presentó el 12 de mayo de 1976. Las medidas cautelares fueron practicadas los días 1 y 3 de junio del mismo año y el proceso se adelantó hasta la citación para remate convocatoria que se hizo para el 1o de agosto de 1977 (fls. 18 a 22, 31 a 32 y 47 a 49 Anexo 3).

C. En ese momento la hoy actora adquirió, por compra, la propiedad de la totalidad del inmueble, mediante la escritura pública anteriormente referenciada, con lo cual finalizó el proceso ejecutivo.

La Sala concluye de lo analizado que, a pesar del crédito institucional, la zona que venía inculta continuó inexplotada sin que en ello tuviese injerencia alguna el proceso ejecutivo. En esas precisas circunstancias, dicho proceso no constituye fuerza mayor o caso fortuito con la virtualidad de justificar el abandono de la explotación, sino que es consecuencia previsible u obligada de la renuencia

u omisión a ejercer la explotación económica en las tierras incultas. En el mismo sentido se pronuncia el concepto fiscal que destaca:

"El argumento anterior es inadmisible, pues el embargo y secuestro no pueden asimilarse a un imprevisto que no es posible resistir, constitutivo de fuerza mayor; por el contrario, esas medidas cautelares son consecuencia lógica de una conducta inadecuada, que indican el incumplimiento de unas obligaciones. En el presente caso, era previsible y más aún seguro, que al no pagar oportunamente el crédito se produciría un juicio ejecutivo en su contra.

"Además, como bien lo anota el apoderado del INCORA, "por expresa disposición del artículo 2o del decreto No 1577 de 1974, la existencia de medidas cautelares no son justificativas de la inexplotación"." (fls. 205 a 106 C.1).

Se debe anotar además que de no existir ese impedimento legal y de aceptarse que el proceso ejecutivo tiene efectos de fuerza mayor o caso fortuito, tampoco prosperarían las pretensiones dado que, en ese evento, el interesado estaría obligado y no lo hizo, a demostrar el ejercicio de su posesión en la zona extinguida y por el período precedente a ese fenómeno, como en efecto lo dispone al artículo 3o del Decreto antes citado.

4. La actora carece de razón cuando en contravía de lo demostrado en el sub-lite, pretende justificar la inexplotación de las tierras aduciendo que estaban sujetas a reserva vegetal, es decir que no procedía demostrarlas y vincularlas a fines productivos de carácter agropecuario, según concepto del Inderena.

Deduce tal apreciación de un memorando de trámite interno, sin efectos vinculantes, que no crea situación jurídica, particular y concreta en favor de nadie y que carece de los requisitos legales exigidos para constituir una reserva forestal o vegetal, es decir, que no puede en modo alguno impedir que esos terrenos cumplan con la función social que les tiene asignada la Constitución Nacional. Agrégase a lo anterior el hecho de que esa opinión no encontró respaldo ni en la entidad, ni en la prueba parcial practicada en el sub-lite.

Además el acervo probatorio relacionado con el crédito otorgado por la Caja Agraria, acredita suficientemente que entre esa entidad y la firma, que para esa época era la dueña, existió acuerdo respecto de que esas tierras no debían mantenerse ociosas y abandonadas sino, por el contrario, limpias de monte e incorporadas a una racional explotación ganadera. Todo da a entender, sin embargo, que ese propósito finalmente no se cumplió.

La vocación pecuniaria y agrícola del predio queda bien demostrada con las explotaciones establecidas por los acupantes de hecho, tal como lo cuenta la inspección judicial y el dictamen pericial de esta revisión, sin que se formulará objeción u observaciones de la parte actora.

5. El éxito de la pretensión dependerá del aporte de prueba eficaz, demostrativa de que el área objeto de la extinción del dominio fue explotada en forma directa o indirecta por el titular, o que no lo era por los ocupantes de hecho, por lo menos en los tres años continuos anteriores a la diligencia de alindación de zonas; por el contrario, se evidenció la carencia de explotación por la firma propietaria en la zona extinguida durante los tres años continuos precedentes a la diligencia de alindación de zonas que se realizó a partir de los meses de enero y febrero de 1981 (fls. 70 a 77 Anexo 1).

Para la Sala, esa conclusión aparece bien ilustrada en diferentes documentos que recogen la situación encontrada en el examen del inmueble que practicaron distintos funcionarios, con objetivos diversos.

Entre ellos debe citarse el Concepto Técnico de la Caja Agraria de *octubre 14 de 1974;* el dictamen pericial del proceso ejecutivo de diciembre 9 de 1976; y el acta de la diligencia de visita previa de *diciembre 1 de 1977.*

En los dos primeros se conceptúa que están explotadas 180 Has., e inexplotadas las restantes 533 Has., y para el último 200 Has. se explotan por los ocupantes, 60 Has. tienen entremezclados pastos y rastrojos, y 458 Has. continúan cubiertas de monte. Así, no hay duda que entre esos conceptos existe una real coincidencia que genera la necesaria convicción de que sus datos son correctos y demostrativas sus conclusiones.

Con esos antecedentes, no resulta extraño, sino comprensible y justificado que en el acta de la diligencia de alineación de zonas, punto de partida del cómputo de tiempo para la extinción (enero y febrero de 1981), se afirme que:

"En dicho predio no se delimitan zonas cultas e incultas puesto que hace muchísimos años que sus propietarios no se ocupan de ello. El fundo se halla totalmente enmontado (bosques tropicales) con data de 15 a 20 años observándose limpias tan sólo en las partes utilizadas por los ocupantes" (fls. 70 a 77 Anexo 1).

6. Evidentemente la actuación administrativa no varió la situación de las personas calificadas como ocupantes de hecho, ni los precaristas transformaron su condición para asimilarla a la de aquéllos; o al menos eso no se demostró. Lo que si resulta regularmente establecido es que, con precedencia a la iniciación de la actuación que se revisa, en el predio se encontraban arrendatarios y también colonos, de lo cual deja expresa constancia el informe de la Caja Agraria de junio 23 de 1975 (fls. 99 a 100 Anexo 2) y, por esa circunstancia no es insólito que ellos aparezcan tanto,para la diligencia de visita previa como para actuaciones posteriores.

Las resoluciones impugnadas, tuvieron en cuenta la situación descrita por lo que excluyen de la extinción las parcelas de los precaristas y restringen la extinción del dominio a la parte restante del inmueble, explotada por los ocupantes de hecho y hasta por precaristas, pero en este último caso, por hallarse el respectivo lote abandonado o inculto.

7. De otra parte, resulta evidente que la inspección judicial y la prueba pericial decretados y practicados por iniciativa de la parte actora en el curso de la revisión, no lograron socavar la presunción de legalidad de la actuación administrativa; por el contrario sirven de apoyo a los motivos en que encuentra su fundamento (fls. 172 a 173, y 175 a 182 C.1).

En fin, estima la Sala que como no se logró demostrar que los actos demandados se hubieran proferido sin el cumplimiento de los procedimientos legales o con preterisión de la normatividad positiva no se desvirtuó la presunción de legalidad que los ampara de lo cual ha de seguirse que no hay lugar a su información sino a denegar las súplicas de la demanda.

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 suplicas de la demanda de revisión.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha cuatro (4) de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

LIQUIDACION DEL CONTRATO-Consecuencias/ **CADUCIDAD DEL CONTRATO**-Improcedencia/ **CONTRATO ADMINISTRATIVO**-Incumplimiento

Ha hecho la jurisprudencia que los incumplimientos del contratista durante la ejecución del contrato le dan pies a la administración para imponer multas, para caducarlo o para hacer exigible la cláusula penal pecuniaria. Pero también ha dicho que no puede caducarlo por incumplimiento luego de terminado ni puede hacer declaración de incumplimiento cuando ya liquido el contrato sin objeciones de cumplimiento. La suscripción del acta por las partes, sin salvedades, les cierra, en principio el debate jurisdiccional con consentimiento (error, fuerza o dolo).

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Tercera.- Santafé de Bogotá D.C., mayo seis (6) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo

Referencia: Expediente No 6661.-Contratos.- Actor: SOCIEDAD MITSUI & CO.LTD. TOKIO JAPON.-

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 18 de octubre de 1990, mediante la cual el tribunal denegó las súplicas de la demanda.

En dicho escrito, presentado el 29 de marzo de 1985, se pidió:

:1.- Que se declare la nulidad de los actos administrativos expedidos por Telecom, contenidos en las Resoluciones números 001000=4301 y 001000=7197 de 30 de julio y 29 de noviembre de 1984, respectivamente, por medio de las cuales, entre otras determinaciones, se ordenó injustificada

e ilegalmente hacer efectiva a mi representada la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato celebrado por las partes vinculadas al proceso el 20 de agosto de 1979, el cual se distingue con el número 7456.

"2. Que con fundamento en la declaración de nulidad antes solicitada, se restablezca el derecho de mi representada vulnerado por TELECOM,en el sentido de no hacerle efectiva en su contra la cláusula penal pecuniaria mencionada antes y, además, que TELECOM sea condenada a pagar a la demandante el monto de los perjuicios que tales actos administrativos le han irrogado, daños estos consistentes en dineros que han sido erogados para constituír las garantías que MITSUI ha tenido que crear con motivo de la expedición de tales resoluciones y las que en el futuro se causen como más adelante así se solicita, amén de los honorarios de abogado sufragados por la actora para, de un lado, agotar la via gubernativa y, de otro, ejercer la acción que por esta demanda se verifica. La condena en perjuicios se hará a valores presentes, esto es teniendo en cuenta la depreciación del valor de los honorarios se haya realizado hasta el momento en que TELECOM cumpla con la sentencia condenatoria que al efecto se profiera."

En la demanda se narraron, en síntesis, los siguientes hechos:

1) Que entre la actora y Telecom se celebró el contrato No 7456 de 20 de agosto de 1979, que tuvo por objeto el suministro, transporte e instalación de los equipos de radio enlace y multiplex para programas de telefonía rural.

2) Que Mitsui asumió por cuenta y riesgo los daños y deterioros o pérdidas totales o parciales y el reemplazo de los elementos objeto del contrato.

3) Que convino que Telecom expediría certificados de recibos provisionales para los equipos sin instalación para los que si la requerían; y recibos defitivos para los equipos que habían entrado en funcionamiento.

4) Que este último recibo no le impedía a Telecom hacer las reclamaciones de estabilidad en el comportamiento de los equipos.

5) Que la contratista se obligó a garantizar la estabilidad, calidad y buen funcionamiento de los sistemas y equipos por el términio de dos años, contados a partir de la fecha del certificado de recibo definitivo.

6) Que en el contrato se establecieron multas y cláusula penal para el caso de incumplimiento; e igualmente se pactó cláusula de caducidad.

7) Que el contrato tuvo una cabal y correcta ejecución, como lo expresó Telecom en el acta de recibo definitiva.

8) Que pese a esto la entidad pública expidió los actos impugnados (resoluciones Nos, 001000=4301 y 001000-7197 de 30 de julio y 29 de noviembre

de 1984) por medio de las cuales, entre otras determinaciones, se ordenó hacer la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato.

9) Que Telecom invocó como justificación de sus actos, hechos ocurridos antes del acta de recibo.

10) Que la entidad pública, al resolver la reposición interpuesta contra la resolución 001000-4301, adujo consideraciones distintas a las inicialmente expuestas.

El tribunal, luego del trámite correspondiente, denegó las suplicas de la demanda. Consideró que el incumplimietno de la sociedad actora había sido palpable, en especial porque aceptó que no había enviado a Telecom las facturas proforma de los bienes que requería importar para sustituír los equipos. Asimismo estimó que a Telecom le asistía la razón para declarar el incumplimiento y para hacer efectiva la pena.

De la sentencia recurrida se destacan los siguientes apartes:

"Cuando Telecom hace exigible la cláusula penal pecuniaria después de firmarse el acta de recibo definitivo, no desconoce el cumplimiento de la obligación principalmente pactada, por parte de Mitsui, a saber: el suministro de equipos, materiales y elementos, su instalación, su puesta a prueba, y entrenamiento de personal, sino que afirma el incumplimiento de una de las obligaciones accesorias pactadas, la de garantizar el buen funcionamiento de los equipos y su reparación oportuna desde la fecha de entrega (se entenderá la provisional) y dos años más.

"Y agregamos: Telecom está sancionado a la Mitsui por el incumplimiento de una obligación no contenido en el acta de entrega, y que apenas surge con ella; la de garantizar la idoneidad y calidad de los objetos comprados y entregados, garantía que cuenta a partir de y no hasta el acta de recibo. Y es por ello que mal puede incluirse en tal acto el valor de las sanciones por aplicar, tal como lo prescribe el artículo 193 del decreto 150 de 1976.

"El acta de recibo definitivo es un auténtico corte de cuentas entre los contratistas que dice quién debe y cuánto, frente a las obligaciones hasta allí desarrolladas pero que no puede decir nada de las obligaciones de garantia y repuestos porque tales no se han finiquitado para entonces (cláusula 10 folio 42).

"Y la posibilidad de reclamar por los vicios de la cosa vendida no puede limitarse hasta después del acta de entrega, porque ella es su constancia formal; pero la obligación de salir al saneamiento surge con la entrega misma y con ella igualmente surge el derecho de reclamar. (artículos 928, 932, 934, 940 del Código de Comercio y 1893, 19151, 1917 del Código Civil."

"En otras palabras, el cargo plantea que la obligación de Mitsui solo surgía con el acta de entrega definitiva, y que para ello era menester que Telecom diera aviso escrito y detallado de las fallas.

"No se encuentra relación entre el contenido del cargo y el artículo 1610 del Código Civil en tanto que este dá al acreedor la posibilidad de escoger entre la obligación principal, o la indemnización de perjuicios, frente al incumplimiento de su deudor.

"Y estimando pertinente la cita de las normas restantes, y examinando ya, el primer aspecto del cargo, esto es, si evidentemente Telecom cumplió con su deber negocial de dar aviso escrito y detallado del daño sufrido, encontramos en los antecedentes administrativos (folios 1 a 14) que al enviar las diversas unidades dañadas se indica su defecto.

"En conclusión de los dos cargos anteriores tenemos que no puede decírsele a la administración que *hasta* la firma del acta definitiva tiene derecho a reclamar y hacer uso de sus facultades exorbitantes (primer cargo), y a la vez que solo *desde* tal acta puede reclamar (segundo cargo), porque ello envuelve una contradicción.

...

"3.5 Se predica que la resolución es violatoria de los arts. 61 y 65 del decreto 150 de 1976 porquer finiquitando el contrato con el acta de entrega definitiva, era el juez y no la administración quien podía imponer sanciones y porque además, la resolución que impuso la pena no señaló perjuicio alguno sufrido, ni los liquidó.

"No se encuentra relación entre el contenido del art. 65 del decreto 150 de 1976 y el cargo que se formula.

"Como no se halla la violación del art. 61 ibidem porque la jurispruencia ha explicado que la administración puede, aún después de finalizado el contrato, declarar el incumplimiento. para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

"Y siendo que en el presente caso, el acta de entrega final tan solo tuvo el efecto de fijar las condiciones de satisfacción de la obligación principal, no hallamos razón para negarle a la administración, la posibilidad de declarar el incumplimiento, por otros aspectos del negocio. Ello sin perjuicio de afirmar, que aún en el caso de extender los efectos al acta de entrega, la administración conserva la facultad de declarar el incumplimiento para exigir la pena acordada.

"Y en tales condiciones al declarar el incumplimiento y hacer efectiva la pena, la administración no estaba obligada a liquidar y/o probar perjuicio alguno, porque su valor es proporcional al del contrato y no al de aquellos.

"Cosa distinta es que la ley ordene que sus valores se imputen al de los perjuicios cuando ellos se liquiden, para evitar un enriquecimiento torticero de la administración, que podía reclamar ahora la pecuniaria y después los perjuicios.

"Fijese que igual enriquecimiento se prohibe en principio en el derecho común, cuando el artículo 1600 dice que no podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios."

Descontenta la parte actora con lo decidido, interpuso apelación y sustentó su recurso en su escrito que obra a folios 184 y siguientes.

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

El señor fiscal décimo de la corporación en su visita de 27 de septiembre de 1991 (a folios 229 y siguientes), estima que la sentencia debe revocarse para en su lugar declarar la nulidad de las resoluciones impugnadas. De ese concepto fiscal, se destaca:

"A) Dice la Resolución N° 001000-4301 de 1984 en uno de sus considerandos:

"...Que no obstante lo anterior, según lo informa la Vicepresidencia de Telecomunicaciones Rurales en oficio 070000-3965 de diciembre 25/83, entre otros, MITSUI & CO LTD. incumplió sistemática e injustificadamente sus obligaciones contractuales, puesto que, habiendo quedado unas unidades pendientes y habiendo salido otras defectuosas cuando se efectuaron las pruebas de aceptación según reclamación hecha por la Interventoría, el Contratista demoró, sin razón alguna que no lo justifique la entrega a TELECOM de las facturas proforma hasta noviembre 2 de 1983 cuando las unidades a reemplazar le fueron entregadas para la correspondiente reposición desde julio 6/82 hasta enero 29/83..."

"Se deduce de lo anterior que durante el ejercicio del contrato, el contratista incurrió en mora en la devolución de unidades defectuosas y en el envío de las facturas proforma de los elementos de importación.

"A pesar de que el Vicepresidente de Telecom le advierte al Director Oficina Jurídica en el oficio al que hace referencia la resolución atacada, "tomar las medidas del caso" (Anexo f.48), el 12 de junio de 1984, es decir seis meses después, cuando ya se había girado el Acta de Recibo definitivo, la Oficina Jurídica, en oficio No 001500-1273, le responde a su superior:

"...Como quiera que en diversas oportunidades representantes de la firma MITSUI DE COLOMBIA S.A. han informado a esta oficina que aclararon ante esa Vicepresidencia los puntos que dieron lugar a la solicitud de imposición de sanciones, esta oficina no ha seguido adelante con la aplicación de las sanciones

previstas en los respectivos contratos según solicitud de esa Viceprecidencia contenida en oficio 070000 3965 de diciembre 26/83

"En consecuencia ruego a usted se sirva confirmar sobre las aseveraciones del contratista para proceder al archivo del asunto a la elaboración de la resolución que ordena hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria o las multas al contratista, según que los contratos estuvieren todavía vigentes o vencidos..."

"Sin embargo, en el acta de recibo definitivo, suscrita por los representantes de Telecom, el Auditor Especial y el representante de la Contraloría General de la República, declaran:

"1o.- EL CONTRATISTA ha entregado a LA EMPRESA y ésta ha recibido a los (15) dias del mes de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) los equipos a que se refiere el Anexo No 1 de esta Acta, según los términos del contrato y el pliego de condiciones.

"2o.- Los bienes fueron entregados por el CONTRATISTA dentro del plazo estipulado en la cláusula Quinta del Contrato No. 7456..."

...

"7o.- De acuerdo con lo establecido en la Cláusula Quinta, Parágrafo 1o, esta Acta tiene carácter de recibo definitivo, para lo cual es necesario que el CONTRATISTA establezca las pólizas de estabilidad, calidad y buen Funcionamiento, de acuerdo con lo estipulado en la Cláusula Octava del Contrato No 7456.

...

"9o.- Al la presente Acta se anexan las Actas de Recibo Provisional parcial, relativas a los servicios de instalación de los equipos microondas de 960.300 circuitos y sus respectivos MUX. Las unidades defectuosas serán amparadas por la Póliza de Estabilidad calidad y/o Buen funcionamiento, vigente hasta mayo 15/86." (Cuaderno No 2 folio 33 y ss.)."

"Como se observa en el Acta mencionada, que equivale a la liquidación del contrato, no se dejó constancia alguna por concepto de entregas parciales pendientes, multas a cargo del Contratista o estimación de perjuicios causados a la entidad contratante. Fue un finiquito, puro y simple, otorgado por Telecom a Mitsui, en relación con el contrato No 7456, lo cual significa que el contratista ajecutó la totalidad del contrato, entregó los equipos convenidos y cumplió cabalmente sus compromisos en el plazo estipulado."

"Los cargos que en las resoluciones impuganadas se le endilgan a Mitsui, de mora en la restitución de unidades defectuosas y en la entrega de facturas proforma, corresponden a hechos ocurridos durante la ejecución del contrato."

"Telecom, ha debido, pues, "tomar las medidas del caso" en su oportunidad o haber dejado las debidas constancias de incumplimiento en el Acta de Recibo

Definitivo. De modo que, al finiquitar el contrato, sin reservas, Telecom perdió la oportunidad de jecutar las reclamaciones de estabilidad en el comportamiento de los equipos defectuosos, pero ya restablecidos.

"B) La sentencia pregona que Telecom no desconoce el cumplimiento de la obligación principal pactada con Mitsui, sino que afirma el incumplimiento de una obligación accesoria: la de buen funcionamiento de los equipos y reparación oportuna de los mismos.

"Para esta fiscalía, Mitsui cumplió con la obligación de reparar las piezas que resultaron defectuosas antes de vencerse el contrato. Si incurrió en mora de hacerlo y le causó perjuicios a Telecom, la declaratoria de incumplimiento del contrato con posterioridad a su vencimiento, no era el mecanismo adecuado para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, a título de indemnización. Sobre todo, si se tiene en cuenta que la demora que se le imputa a la actora tuvo ocurrencia entre el 16 de julio de 1982 y el 29 de enero de 1983, cuando estaba aún vigente el contrato.

"Bien pudo, entonces, la administración aplicar en su oportunidad los correctivos previstos en el contrato para presionar al contratista a cumplir sus obligaciones o haber dejado constancia del incumplimiento en el Acta de recibo definitivo.

"Si bien es cierto que Mitsui garantizó el cumplimiento de obligaciones accesorias, no lo es menos que, en los términos de la cláusula 8.e. se pactó la garantía de estabilidad, calidad y/o buen funcionamiento, por un monto igual al 15% del valor del contrato y para una vigencia de dos años contados a partir de la fecha de Recibo Definitivo, entendido por tal la definitiva en la Cláusula Quinta. En concordancia con éste, la cláusula 17 del contrato faculta a Telecom para imponer multas al Contratista en caso de que incumpla los plazos de entrega estipulados en la cláusula quinta. Mal podía, entonces, aplicarse la Cláusula Penal Pecuniaria para hacer efectiva una obligación accesoria, amparada por una garantía específica de buen funcionamiento.

"Obsérvese, además, que la garantía de cumplimiento debía "permanecer vigente desde la fecha del contrato hasta el recibo definitivo de todos los equipos e instalaciones o suministros". Y que para cancelar esta garantía, se requería que se hubiera constituido la de estabilidad, calidad y buen funcionamiento.
(Cláusula 8.a).

"En ese orden de ideas, no es que esta Agencia Fiscal sostenga que Telecom no pudiera hacer efectiva la garantía de cumplimiento o de estabilidad, calidad y/o funcionamiento por el comportamiento de los equipos o materiales que resultaren defectuosos. Lo que predica es la oportunidad para hacerlo, de conformidad con los plazos estipulados en las cláusulas 5,7,8,17,18 y 23 del contrato así se trate de la obligación principal o de las obligaciones accesorias pactadas.

"No de otra manera se entiende que se hubiera acordado expedir un recibo provisional que se aplicaría a cada una de las entregas parciales) Cláusula 5 PARAGRAFO 2) y un certificado de Recibo Definitivo que librara a las partes de reclamos sorpresivos o extemporaneos.

" Lo que revela el acervo probatorio es la falta de acuciosidad por parte del Interventor del Contrato y la desidia de los asesores jurídicos de la Empresa al abstenerse de recomendar al Vicepresidente de Telecom el uso de los poderes exorbitantes para constreñir al contratista incumplido.

" Pero esperar a que se venciera el contrato para sorprender al contratista con una declaratoria extemporánea de incumplimiento y hacerle efectiva la cláusula penal pecuniaria, es crear motivos de incertidumbre y de inseguridad que no deben asistir las relaciones negociables entre la administración y sus colaboradores."

Por su lado, la entidad demandada, con apoyo en jurisprudencia de esta misma sala, en especial en la que toca con los límites temporales del poder exorbitante de declaratoria de incumplimiento, insiste en la conformación del fallo del tribunal (a folios 203 y siguientes).

La parte actora insiste, asimismo, en sus puntos de vista y a guisa de conclusión anota:

"a. Mitsui & Co.Ltd. cumplió con el objeto del contrato que había celebrado con Telecom, pero, sin embargo, la administración le hizo exigible la cláusula penal pecuniaria establecida en el contrato.

"b. Según la doctrina actual del Consejo de Estado despues de haberse ejecutado completamente un contrato de tracto sucesivo como el de suministro en el presente caso por ejemplo, no le es lícito a la Administración declarar el incumplimiento del contrato ni aun para efectos de hacer exigible la cláusula penal.

c. En el proceso quedó plenamente demostrado - y así lo reconoce el juez *a-quo* que mi mandante dió cabal cumplimiento al objeto del contrato pero se le da viso de legalidad a la actuación de la administración, porque se considera que la cláusula penal puede ser exigible cuando se trata del incumplimiento de una obligación accesoria.

"d. La cláusula penal que establece el Derecho Administrativo es la denominada "impura o impropia", y ella no es exigible ante el sólo incumplimiento de la obligación principal. porque tratandose de una estimación anticipada de perjuicios es necesario demostrar no sólo la ocurrencia sino la cuantía de los perjuicios."

Para la sala, la sentencia apelada merece ser revocada. Se comparte así, en lo fundamental, el concepto del señor fiscal colaborador, Doctor Fernando Ospina H.

Para un mejor orden en esta motivación, se seguirá el siguietne derrotero:

a) La acción; b) Los poderes exorbitantes; c) Los actos impugnados; d) el cumplimiento del contrato; y d) la conclusión.

La acción

Frente a la elegida no cabe objeción alguna, pese a que se haya citado para el efecto el artículo 85 del c.c.a. que habla de la acción de restablecimiento. A este respecto la sala insiste con apoyo en sus poderes de interpretación y dado el caos que creó en la jurisprudencia el artículo 87 del decreto 01 de 1984, que la acción aquí intentada es típicamente contractual y como tal se debe decidir, sin que por esto pueda hablarse de ineptitud de demanda.

En este punto la sala se remite a lo dicho en su fallo de abril 9 de 1992 (proceso 6491 Actor: Aseguradora Colseguros S.A.) en el cual se puntuliza:

"Para la sala la sentencia apelada deberá revocarse porque no se da en el caso subjudice una ineptitud sustantiva de la demanda. Se separa así tanto de la decisión de primera instancia como del concepto fiscal emitido en esta oportunidad."

"Aunque la demanda presenta algunos desfases de tipo formal nada impide que se interprete como contentiva de una acción típicamente contractual, en la cual se involucra la impugnación de verdaderos actos administrativos contractuales, imposibles de desvincular del contrato cuestionado."

"Quizas la desorientación que se observa en ese escrito se debió, de un lado,a la defectuosa redacción original que traía el artículo 87 del c.c.a. el que trajo implícitamente una distinción, desde el punto de vista de las acciones, entre los actos contractuales y separables que causó mas perplejidad que beneficio para los administrados; y de otro, a las interpretaciones doctrinarias iniciales que quisieron ver en toda decisión unilateral de la administración contratante (dictada en cualquiera de las etapas de la operación contractual) un acto separable y por ende enjuiciable mediante las acciones propias de los actos administrativos, o sea la de nulidad o la de restablecimiento (artículos 84 y 85 del c.c.a.)

"Consciente la jurisprudencia de esos problemas, adoptó el criterio de que sólo cuando el acto administrativo tuviera el carácter de previo, sin que su existencia dependiera de la del contrato, su impugnación no difería de la de los demás actos administrativos; pero que cuando el acto fuera contractual, porque su vida no podía concebirse sin la del contrato mismo, como sucede en el caso subjudice, su impugnación tenía por fuerza que hacerse dentro de la controversia contractual.

"Pero como esta posición jurisprudencial traía otras consecuencias procesales, como era la de que las acciones propias de los actos separables se tramitaban por la vía ordinaria y las de los contractuales por la vía especial de los artículos 217 y ss. del c.c.a. se definió por la misma jurisprudencia, con un criterio amplio de interpretación, acudir a la intención del demandante reflejada en los hechos de la demanda para definir cuál era la acción adecuada, dejando de lado la pretención formal que se le hubiera dado, y aún las diferencias de trámite anotadas.

"En otras palabras, se hizo una interpretación finalista en areas de la prevalencia del derecho sustancial."

"Al respecto es bastante ilustrativa la sentencia de esta sala de mayo 16 de 1991 (Proceso 5931, ponente Doctor Julio César Uribe Acosta, actora Sudamericana de Electrificación S.A. Sade S.A.), en la que se hizo un enfoque con criterio similar y pese a que, como en el caso que se estudia, en ese proceso el actor hubiera también intentado en forma expresa la acción de restablecimiento del artículo 84 del c.c.a contra unos actos inequívocamente contractuales."

Los poderes exorbitantes

La sala frente a este tema reitera también la jurisprudencia que ha venido aplicando a ese respecto. Del mismo fallo antecitado se toma el siguiente aparte que es bastante ilustrativo para lo que mas adelante se definirá:

"En materia de contratación pública la administración contratante posee poderes exorbitantes o inusuales a los que las partes tienen en el contrato privado; poderes que le permiten terminar o caducar el contrato, cuando para el efecto no se haya podido poner de acuerdo con su contratista. Poderes igualmente que le permiten liquidarlo de igual manera y en ciertas circunstancias declarar su incumplimiento."

"Los poderes aludidos operan fundamentalmente en los contratos administrativos y en los privados que tengan cláusula de caducidad.

"La exorbitancia que puede ejercer la administración presenta, como lo ha dicho la jurisprudencia, límites temporales. Así, no podrá terminar o caducar el contrato, interpretarlo o modificarlo después de su vencimiento, so pena de que el acto quede afectado de nulidad. La liquidación sí por razones obvias, será posible luego de su terminación normal o anormal, en especial en los contratos de obra pública y suministros. Aunque aquí tampoco podrá ejercer su poder exorbitante más allá del término de caducidad para la formulación de la controversía contractual que pudiera instaurarse contra el contrato mismo, su responsabilidad o cumplimiento."

"Excepcionalmente la administración podrá declarar unilateralmente el incumplimiento del contrato (cosa que pudo hacer durante la vigencia de éste,

bien para imponerle multa al contratista o para caducarlo) luego de su vencimiento, pero sólo para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, tal como lo ha dicho la jurisprudencia de esta sala en forma reiterada. (Sentencia de 29 de enero de 1988, proceso 2616, ponente Carlos Betancur Jaramillo)."

"El contratista que contrata con la administración debe otorgar una serie de garantías, así: unas para respaldar la seriedad de la propuesta o el correcto uso del anticipo; otras para garantizar el cumplimiento del contrato, la estabilidad o calidad de la obra o del objeto del contrato, los daños a terceros, las prestaciones sociales de los operarios, etc. etc."

"Producido el evento asegurado (la ocurrencia del siniestro) la administración deberá exigirle al contratista que le cumpla lo así acordado. Para tal efecto y en forma exorbitante, la administración, durante la vigencia del contrato podrá declarar que se produjo el incumplimiento y que el contratista le debe indemnizar los perjuicios, o pagar la multa impuesta, según el caso. De igual manera procederá cuando declare el incumplimiento luego de vencido el contrato, para hacer exigible la cláusula penal pecuniaria.

"Esta en la vía legal o normal y los actos administrativos que tales exigencias hagan deben cobijar tanto al contratista como a la compañía aseguradora, por que frente a éstos los actos prestarán mérito ejecutivo una vez adquieran la nota de firmeza."

Los actos impugnados

La sociedad solicita la nulidad de las resoluciones No 001000-4301 y 001000-7197 de 30 de julio y 29 de noviembre de 1984, por medio de las cuales Telecom declaró el incumplimiento del contrato 7456 y ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria por $9.321.641.82.

Como razón para tomar la medida, anotó la entidad pública:

"Que no obstante lo anterior, según lo informa la Vicepresidencia de Telecomunicaciones Rurales en oficio 070000-3965 de diciembre 26/83, entre otros, MITSUI &CO. LTD., incumplió sistemática e injustificadamente sus obligaciones contractuales, puesto que habiendo quedado unas entidades pendientes y habiendo salido otras defectuosas cuando se efectuaron las pruebas de aceptación según reclamación hecha por la Interventoría, el Contratista demoró, sin razón alguna que lo justifique la entrega a TELECOM de las facturas proforma hasta noviembre 2 de 1983 cuando las unidades a reemplazar le fueron entregadas para la correspondiente reposición desde julio 6/82 hasta enero 29/83."

Al resolver la reposición de la resolución primeramente citada, la entidad pública agregó nuevos argumentos, pero todos centrados a probar el incumplimiento inicialmente expuesto.

Como se observa, la entidad pública acató aparentemente la orientación jurisprudencial de la sala. Es decir, hizo declaración de incumplimiento luego de la terminación del contrato para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

Pero olvido la entidad que eso no puede hacerse luego de que la administración haya liquidado el contrato *sin objeciones sobre el cumplimiento del mismo o haya otorgado un finiquito* como el que contiene el certificado o acta definitiva de recibo de los equipos e instalaciones contratados.

Ha dicho la jurisprudencia (y un ejemplo es el fallo transcrito) que los incumplimientos del contratista durante la ejecución del contrato le dan pié a la administración para imponer multas. Para caducarlo o para hacer exigible la cláusula penal pecuniaria. Pero también ha dicho que no puede caducarlo por incumplimiento luego de terminado ni puede hacer declaración de incumplimiento cuando ya liquidó el contrato sin objeciones de cumplimiento.

Así como la jurisprudencia ha reiterado que la suscripción del acta de liquidación por parte del contratista, sin salvedades, no le permite demandarla luego, así también debe afirmarse que, de igual manera, la administración no podrá ni declarar posteriormente el incumplimiento del contratista (así sea para hacer efectiva la cláusula penal) ni pretender con éxito un reconocimiento ante el juez del contrato por ese incumplimiento.

La suscripción del acta por las partes, sin salvedades, les cierra, en principio el debate jurisdicción con posibilidades favorables salvo que se cuestione por vicios en el consentimiento (error, fuerza o dolo).

En el caso concreto, si Telecom tenía reclamos que hacer por incumplimientos parciales durante la ejecución del contrato, renunció a toda posible reclamación al suscribir el acta de recibo definitivo en la que expresamente se dice: a) Que el contratista ha cumplido "Según los términos del contrato y pliego de condiciones; b)" que los bienes fueron entregados por el contratista dentro del plazo estipulado; c) que aunque las instalaciones se hicieron por fuera del plazo convenido, todo obedeció a " hechos no imputables a El Contratista (retraso en el desarrollo de la Estación de Cerro Velez."...; d) que en cumplimiento del contrato El Contratista suministró equipos, manuales, repuestos, equipos de prueba, servicios de instalación, servicios de supervisión y adiestramiento por un valor de US$1'832.899.30 más Col $19.062.291.09; e) y que de acuerdo con la cláusula 5a. parágrafo 1o, esta acta tiene *carácter definitivo,* por lo cual es necesario que el contratista establezca la póliza de estabilidad, calidad y buen funcionaminto, de acuerdo con lo pactado en la cláusula 8a. del contrato No 7456."

La elocuencia y seriedad del acta que se deja reseñada no admite mayores debates. Es un finiquito o certificado de cumplimiento que no permite reabrir el debate sobre el punto y que le impedía a todas luces a Telecom hacer lo que hizo.

Su conducta se aparta de la buena fé que debe regir el mundo de la contratación, y en el cual la administración tiene un deber ineludible, quizás más fuerte que el del mismo particular contratista.

De todo lo anterior se desprende que le asiste la razón tanto a la parte demandante como al ministerio público. La opinión de éste, transcrita atrás, habría sido suficiente para tomar la decisión revocatoria, ya que se ajusta a la realidad procesal y sustantiva.

No se condena el pago de perjuicios porque no se demostraron.

Finalmente se observa:

La decisión del *a-quo,* como se colige, amplía excesivamente la exorbitancia de la administración y parte de un supuesto diferente contenido en el punto 2.6 de su fallo, en el cual se afirma algo por fuera de la realidad, o sea que la contratista "*incumplió sistemática e injustificadamente su obligación de garantía,* al demorar la entrega a Telecom, de las facturas proforma desde las fechas de restitución de las piezas defectuosas el 06-07-82 a 29-01-83, hasta el 02-11-83." (a folios 175) cuando la resolución impugnada habla de otra cosa diferente, vale decir del incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Fuera de esto, esos incumplimientos se sanearon luego, tal como lo da a entender el expediente. Y si no se hubieran subsanado Telecom no ejerció oportunamente los mecanismos que la ley le brinda para constreñir el incumplimiento del contrato.

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:

Revócase la sentencia de 18 de octubre de 1990 dictada por el tribunal administrativo de Cundinamarca. En su lugar:

Se declara la nulidad de las siguientes resoluciones: 001000-4301 y 001000-7197 de 30 de julio y de 29 de noviembre de 1984 dictadas por Telecom.

En consecuencia se declara que la mencionada entidad no puede hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria; y en el caso de que lo haya hecho deberá devolver las sumas percibidas a quien hizo el pago, con intereses comerciales desde que tal solución se cumplió.

Deniéganse las demás súplicas.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el dia 4 de mayo de 1992.

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala, *Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández, Carlos Ramírez Arcila,* Conjuez,

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: Se reiteró además la jurisprudencia contenida en el fallo de abril 9 de 1992, Exp. 6491, Actor: Aseguradora Colseguros S.A., sobre la interpretación de la demanda para determinar el tipo de acción y los poderes exorbitantes de la administración en materia de contratos.

CONTRATO ADMINISTRATIVO-Cláusulas/ MULTA/ MORA

La Sala encuentra que la sanción por mora sí se previó en los pliegos de condiciones de la licitación que antecedió al contrato y que forma parte de él, la que a falta de prueba en contrario debe tenerse aceptada por la parte demandante. Contractualmente sí quedó establecido que la mora del contratista daría lugar a las multas que se impondrían por cada semana de retardo en que hubiera incurrido, en el equivalente cada una del 5% del valor de los bienes y servicios entregados o prestados extemporaneamente: entonces, esa estipulación fue la que sirvió de apoyo fundamental a la administración para material del sub-judice, por lo que en ese aspecto tales actos resultan válidos.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Tercera.- Santafé de Bogotá D.C., once de mayo de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández

Referencia: Expediente No 6434, Actor: INGENIERIA ELECTRONICA DISELEC LTDA.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 21 de septiembre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante la cual se dispuso:

"1o.- Declárase la nulidad de las Resoluciones Nos. 0010000-7602 de noviembre 24 de 1981 y la No. 0010000-0570 de febrero 9 de 1983, emanadas de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, mediante las cuales se impuso multa de US$ 20.366.74 a la Sociedad INGENIERIA ELECTRONICA DISELEC LTDA, en lo tocante al valor de dicha multa y en cuanto a la mora en la instalación de los equipos.

"2o.- Como consecuencia de la declaración anterior, y a manera de restablecimiento del derecho, redúcese a US$1.018.34 la multa impuesta por la Empresa Nacional de Telecomunicaciones a la sociedad INGENIERIA ELECTRONICA DISELEC LTDA, en las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

"3o.- Condénese en costas a las partes. Las cuales serán tasadas por Secretaría.

I.- ANTECEDENTES:

1.- La demanda.- Con fecha 20 de junio de 1983, la Sociedad Ingeniería Electronica Diselec Ltda., por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción que consagraba el artículo 67 de la Ley 167 de 1941, que hoy corresponde a la nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A., ante esta Corporación formuló demanda en contra de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, TELECOM, a fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

" A) *PRETENSIONES PRINCIPALES*:
" Ante todo y como pretensiones principales, solicito:

"a- Se declare que, en virtud de las violaciones probadas en el proceso, se decrete la nulidad de las resoluciones administrativas demandadas, las No 001000-07602 de noviembre 24 de 1981 de la EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES - PRESIDENCIA y No 001000-0570 de febrero 9 de 1983 de la EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES - PRESIDENCIA. Por no existir mora en el cumplimiento por parte de DISELEC LTDA.

"b- En consecuencia, en virtud de lo dispuesto por el artículo 67 del C.C.A., se ordene el restablecimiento del derecho y la reparación de las lesiones ocasionadas con las resoluciones administrativas anuladas, a DISELEC LTDA:

"c- En consecuencia, el restablecimiento del derecho se perfeccionará así:

"1- En caso de que no se hubiere cobrado aún por TELECOM a DISELEC LTDA., la sanción impuesta, se dispondrá:

"- TELECOM no podrá cobrar a DISELEC LTDA, la multa impuesta por las resoluciones demandadas y anuladas en esta decisión;

"- TELECOM es condenada al pago de las costas y Agencias en Derecho que se causan con ocasión de este proceso; liquídese.

"2- en caso de que TELECOM ya hubiere cobrado a DISELEC LTDA la sanción impuesta en las resoluciones administrativas anuladas, se dispone:

"- TELECOM devolverá y cancelará a DISELEC LTDA., dentro de la ejecución de esta sentencia, la suma percibida o cobrada, más los intereses comerciales moratorios liquidados conforme lo dispone el artículo 884 del C. de Cp., causados desde la fecha de notificación de esta providencia, y liquidados hasta cuando se verifique el pago total de la obligación.

"- La moneda del pago, será en DOLARES (US$) de los ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA, a la tasa de cambio de la fecha de pago.

"- Se condena a TELECOM al pago de las costas y Agencias en Derecho que este proceso ocasione; liquídese.

"B) PRETENSIONES SUBSIDIARIAS:

"En caso de que a juicio de los H. Magistrados, DISELEC LTDA haya incurrido en mora y ésta se pruebe dentro del trámite del proceso, solicito:

"a- se decrete la nulidad de las resoluciones administrativas demandadas No 001000-07602 de noviembre 24 de 1981 y No 001000-0570 de febrero 9 de 1983 de la EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES - PRESIDENCIA, en virtud de aplicar una sanción excesiva y no la establecida para la mora por el artículo o CLAUSULA NOVENA del CONTRATO BASE DE LAS RESOLUCIONES;

"b- como consecuencia, redúcese a la suma de US$ de N.A. 1.018,34 la multa a cargo de INGENIERIA ELECTRONICA DISELES LTDA y a favor de la EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES, por la mora en el cumplimiento del contrato No 7544 de Octubre 30 de 1979.

"c- En consecuencia, se ordena el restablecimiento de los derechos y la reparación de las lesiones ocasionadas con las resoluciones anuladas, lo que se perfeccionará así:

"1- En caso de que no se hubiere cobrado aún la multa impuesta por TELECOM a DISELEC, se dispone:

"- TELECOM no podrá cobrar a DISELEC LTDA la multa impuesta por las resoluciones administrativas anuladas en esta decisión.

"- DESELEC LTDA cancelará a TELECOM, dentro de la ejecutoria de esta providencia, la suma de US$1.018.34 más los intereses comerciales moratorios liquidados a la tasa establecida por el artículo 884 del C. de Co., causados desde la fecha de notificación de esta providencia y liquidados hasta cuando se verifique el pago total de la obligación, dinero reducido a la tasa de cambio de la fecha de pago.

"- TELECOM es condenada al pago de los gastos y Agencias de derecho que se ocasione con este proceso, en un 95% liquídense.

"- DISELEC LTDA es condenada al pago de los gastos y Agencias en Derecho que se ocasionen con este proceso, en un 5%; liquídense.

"2- En caso de que ya se hubiere cobrado la multa impuesta por TELECOM a DISELEC, se dispone:

"- TELECOM, pagará a DISELEC, dentro de la ajecutoria de esta providencia, la suma de US$ de N.A. 19.348.40 (Diferencia entre la multa inicial anulada y la final decretada por Esta Corporación), a más los intereses comerciales moratorios causados desde la fecha de notificación de esta providencia, liquidados a la tasa indicada por el artículo 884 del C. de Co., y hasta la fecha cuando se verifique el pago total de la obligación. La tasa de cambio, será la oficial que se tenga en el momento del pago.

"-DISELEC LTDA, se condena a pagar los gastos y agencias en Derecho que ocasione este proceso, en un 5% liquídense.

2.- *Los fundamentos de hecho.* Aparecen relacionados a los folios 58 y 59 y se reducen en sintesis a lo siguiente:

1. Cumplidos los trámites de rigor propios de la Licitación Pública No 109 de 1978, la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM y la firma demandante suscribieron el Contrato No 7544 de 30 de octubre de 1979, por el cual, ésta se comprometió para con aquella a suministrarle e instalar dos grupos de eléctrogenos de 350 KVA, para la ciudad de Barranquilla, todo por un valor de US$ 203.667.40 de Norte América más 1.208.200.oo en pesos colombianos.

En la cláusula segunda, se convino que la entrega de los bienes, en los puertos de los Angeles en California y de Pier en Pensilvania en los Estado Unidos de Norte América, se haria dentro de los seis (6) meses siguientes al perfeccionamiento del contrato, hecho que ocurrió el 13 de noviembre de 1979, por lo cual ese plazo venció el 13 de mayo de 1980.

No obstante, por las dificultades que presentaron las empresas fabricantes de los equipos, fue preciso cambiar el puerto así como la fecha para su entrega.

2. El 23 de octubre de 1981, ya después de haberse cumplido con la entrega de los bienes descritos, el Contratista solicitó proceder a la liquidación del contrato, en virtud de que se encontraba en condiciones económicas precarias, que lo habían llevado a incoar un proceso concordatorio y además, en razón a que la entidad no los dió para su instalación. Por lo menos de manera oportuna, la petición no recibió ninguna respuesta oficial.

3. Pese a la situación antes descrita, mediante la Resolución No 001000-07602 de noviembre 24 de 1981, la administración dispuso imponer una multa al Contratista por la suma de US$20.366,74, con apoyo en fundamentos errados, al imputarle siete (7) meses de retardo en la entrega y un retraso hasta entonces de tres (3) meses en la instalación de los equipos. En el acto de notificación de la providencia en suestión, el interesado interpuso recurso de reposición en procura de su revocatoria y advirtió, que aún no se habia resuelto lo concerniente a la liquidación del contrato.

4. Por medio de la Resolución No 001000-03083 de 26 de mayo de 1982, la entidad pública ordenó proceder a la liquidación reclamada por el Contratista.

5. El 19 de agosto de 1982, la administración concluyó las labores de apertura, revisión y de ingreso a su almacen de los equipos importados, las que había iniciado el 14 de abril de 1981.

6. Con la Resolución No 001000-0570 de 9 de febrero de 1983, fue confirmada en su integridad la providencia que impuso la multa. Su notificación se hizo personalmente al representante de la firma, el 21 de febrero del mismo año.

La demandante, fundamenta su reclamación en los artículos 51 y 60 del Decreto Ley 150 de 1976 y 1602 del C.C.

3.- El trámite de primera instancia. Notificada la entidad pública del auto que admitió la demanda, constituyó apoderado judicial a fin de que la representara en el proceso; las pruebas pedidas por la parte actora, fueron decretadas con proveído de 17 de mayo de 1984 (fl. 87). Prácticadas las que fueron ordenadas y luego de agotarse la etapa probatoria, se dio traslado para que las partes alegaran de conclusión; Telecom, guardó silencio.

La parte actora, en su escrito que allegó oportunamente, visible a los folios 176 a 179, reitera las pretensiones que de manera principal y subsidiaria formuló en el libelo inicial del proceso y concluye expresando que "Al momento de presentarse la demanda estimamos violados los artículos 51 y 60 del Decreto 150 de 1976, en cuanto ordenaban que las multas sólo se podrían imponer en caso de mora o incumplimiento parcial, y que su cuantía debería ser proporcional al valor del contrato y a los perjuicios que sufriera la entidad contratante; y en el caso que nos ocupa de una parte, las resoluciones administrativas demandadas no se encuentran debidamente fundamentadas y de otra parte, *la cuantia fijada excede en mucho los perjuicios aparentemente sufridos por la entidad contratante: Telecom*". (fl. 179 Subrayas fuera de texto).

El fiscal del Tribunal conceptuó favorablemente a las pretensiones subsidiarias de la demanda, es decir, el ordinal "B", pues estima que existe falsa motivación en los actos administrativos objeto de la impugnación, al imponer una multa exagerada al Contratista (fls. 183 a 186).

4.- La sentencia apelada. El fallo visible a los folios 190 a 198, declara la nulidad de las resoluciones acusadas y como consecuencia, así lo afirma, reduce la multa a un 0.5% del valor del contrato y condena en costas a las partes, como se dejó consignado al inicio de esta providencia.

Para tomar la decisión recurrida, el *a-quo* examinó separadamente cada uno de los tres cargos formulados en la demanda, así:

En cuanto al primero, destaca que en el convenio se facultó a la administración para imponer multas al contratista, divididas así: En caso de mora, serían hasta del 5% del valor de los bienes y servicios entregados extemporaneamente y para el evento de incumplimiento parcial se debían liquidar "en forma proporcional a los perjuicios que estime Telecom haber sufrido sin que ellos (sic) puedan exceder del 10% del valor total del contrato".

De las pruebas recogidas en el proceso, deduce el Tribunal que en verdad ningún momento se pactó que la sanción moratoria se calcularía por semanas y a falta de esa prioridad, "es de concluir que al haber un solo estado de mora, con respecto a la entrega de los bienes y equipos correspondía un 5% del valor del contrato".

En esas circunstancias, para el *a-quo,* la multa equivalente al 5% era la mínima y justa, pero "al contrario como multa un 10% excedió la cuantía prefijada en el contrato y en consecuencia, el cargo prospera parcialmente".

Respecto del segundo cargo y luego de hacer la valoración del acervo probatorio, el *a-quo* resuelve que no es admisible ni puede acogerse la versión de la parte actora en el sentido de que el retardo fue consecuencia del hecho exclusivo de terceros, pues por no hallarse vinculados no se les juzga en el proceso y por cuanto esa mora sí se originó en el mismo contrato, según se desprende de sus comunicaciones de 26 de marzo, así como de 11 y 28 de julio de 1980.

La desproporcionalidad de la multa, no puede equipararse a una falsa motivación, ni tiene fuerza para destruir la validez de los actos acusados. Pero sí encuentra el Tribunal que Telecom no entregó la totalidad de los equipos para que fueran instalados, relevando de la correlativa obligación al Contratista; por esa razón, no puede endilgársele mora y la multa impuesta carece de fundamento, por lo que también ese cargo prosperará parcialmente en la parte resolutiva del fallo.

Del tercer y último cargo, el fallo de primer grado deduce que en efecto hubo violación de la voluntad contractual al exceder la multa los porcentajes justos de sanción por mora acaecida.

En esas condiciones, entendió el Tribunal que era procedente y así lo dispuso, declarar la nulidad de las resoluciones acusadas y en ejercicio de las facultades conferidad por el artículo 170 del C.C.A., procedió a reducir la cuantía de la multa y ordenó al pago de las costas a las partes.

5.- Alegaciones en la segunda instancia. Inconforme la decisión del *a-quo*, la entidad pública la recurrió en apelación sustentando su recurso en el escrito visible a los folios 210 a 213.

El recurrente, destaca fundamentalmente que los medios de prueba allegados al proceso resultan insuficientes e incompletos para decidir sobre la legalidad de los actos acusados, pues no aparecen acreditados la Licitación Pública No 109 de 1978, en particular el Pliego de Condiciones y la Oferta del Contratista con su aceptación, que constituyen el antecedente y son parte integral del vínculo contractual que al efecto debe examinarse. Deficiencia probatoria que impide conocer entre otras cosas que en los Pliegos de la Licitación, a la que se adhirió el Contratista, se halla establecido que:

2.38.- *El monto de las multas impuestas será del 5% por semana del valor de los bienes y servicios no recibidos a tiempo, y no excederá del diez (10% del valor del contrato"* (fl. 42 Anexo- Subrayas fuera del texto).

Al contenido de la parte resolutiva, la impugnante le observa error de técnica al haber anulado los actos, con lo que ellos desaparecieron de la esfera jurídica y entonces, sin ningún apoyo para disponer a la reducción de la multa, ya existente, todo lo cual evidencia contradicción. Para terminar, el apelante en costas a la entidad demandada, por expreso mandato de los artículos 171 del C.C.A. y 392 del C. de P.C.

La recurrente, por último, con miras a acreditar la falta de interés de la parte actora en las resultas del juicio, pide tener como prueba el Acta de Liquidación del Contrato, en la cual, la firma demandante no solo acepta la imposición de la multa que impugna en este juicio, sino que autoriza a la entidad para que su valor sea descontado de los saldos existentes a su favor.

En síntesis, la recurrente solicita revocar el fallo de primera instancia y "en su lugar confirmar la vigencia de los actos acusados, por no haberse aportado prueba que desvirtúe su presunción de legalidad, y por haberse expedido conforme a derecho".

6.- Concepto fiscal. La señora Fiscal Séptima de la Corporación, es del criterio que se debe confirmar integralmente la providencia recurrida.

Para llegar a esa conclusión, resalta y enfatiza que en las disposiciones legales que rigen para estos casos no aparece con claridad meridiana la facultad para que Telecom impusiera a su arbitrio la multa en la forma que lo hizo. Y termina diciendo "Asi las cosas, por la falsa motivación y ante la imposibilidad absoluta de interpretar las cláusulas oscuras y confusas del Contrato 7544 de octubre 30 de 1979, ya que se omitió la determinación clara y detallada de la vigencia de cada multa y cuándo serían aplicables de multas, al presentarse la mora; por ello la Agencia del ministerio Público, solicita al Consejo de Estado, deben acatarse y por ende prosperar las pretensiones subsidiarias de la demanda". (fls. 230 a 240).

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Sea lo primero advertir, que para la Sala las razones y consideraciones consignadas en la sentencia apelada, no son de recibo y por ello la decisión habrá de revocarse. En efecto:

PRIMERO.- El estatuto de contratación administrativa que regulaba integralmente entidades públicas a las que él se refería, vigete para cuando se adelantó el trámite licitatorio, y se celebró y ejecutó la convención de que trata el asunto sub lite. Decreto 150 de 1976, en su artículo 47, ordenaba que en esos contratos debían estipularse además de las cláusulas propias a su naturaleza, las concernientes a la caducidad administrativa, sujeción de la cuantía y los pagos a las apropiaciones presupuestales, garantías, multas, penal , pecuniaria y renuncia a reclamación diplomática. Desde luego, también debía precisarse su objeto, cuantía y plazo para su ejecución completa.

Y en su artículo 60, disponía que en ellos debía incluirse la facultad de la administración para "imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial; las que deberán ser directamente proporcionales al valor del contrato y a los perjuicios que sufra la entidad contratante. Su imposición se hará mediante resolución motivada, que se someterá a las normas previstas en el artículo 51 de este Decreto".

En esas condiciones, resulta acertado el entendimiento que asumió el Tribunal al deducir que las estipulaciones del contrato en materia de multas se ajustaron al marco jurídico que se dejó expuesto.

Las partes contratantes, también fijaron por anticipado las pautas que debían seguirse para cumplir con la proporcionalidad prevista en las normas antecitadas. Así, para el caso de mora, se prefijó que el monto de los perjuicios sería equivalente al 0.5% del valor de los bienes y servicios no recibidos a tiempo, los que sumamos y acumulamos no podrían exceder del 10% del valor total del contrato; para el evento de incumplimiento parcial, se estableció que *la sanción sería proporcional a los perjuicios causados,* sin desbordar el 10% del valor del negocio jurídico.

No obstante, desacierta el *a quo* en cuanto concluye que no se pactó que la sanción del 0.5% se impondría por cada semana de mora en que incurriera el Contratista. La Sala encuentra que la Licitación que antecedió al contrato y que forma parte de él, la que falta de prueba en contrario debe tenerse aceptada por la parte demandante.

Muestran los antecedentes, que previo requerimiento hecho por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se allegó al proceso el oficio No 000204 del 24 de enero de 1985 (fls. 40 y 41 anexo), al cual se acompañó como precedente de las resoluciones acusadas, fotocopia parcial del Pliego de Condiciones de esa Licitación, el cual, sobre el tópico objeto de análisis, expresa:

"2.38.- El monto de las multas impuestas *será del 0.5% por semana* del valor de los bienes y servicios no recibidos a tiempo y no excederá del diez (10%) del valor total del contrato". (fl 42 ibídem subrayado fuera de texto.)

En las condiciones antes descritas, que resultan del estudio integral o de conjunto que es necesario hacer para que las estipulaciones de las partes se complementen y armonicen, adquiere significación y eficacia la cláusula de multas en lo concerniente a la prioridad por mora; también quedan superadas las deudas que pudieran surigir del examen parcial o desvertebrado que haría aparecer las cláusulas del contrato como oscuras, confusas y hasta antagónicas, como bien lo advierte la colaboradora fiscal.

Obviamente las reglas de la herméneutica contractual, exigen interpretar el negocio jurídico de tal manera que sus disposiciones produzcan algún efecto, según lo establece el artículo 1620 del C.C, aplicable al contrato administrativo, cuando prescribe:

" El sentido en que la cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno".

Conforme a ese orden de ideas, debe concluirse que contractualmente sí quedó establecido que la mora del contratista daría lugar a multas que se impondrían por cada semana de retardo en que hubiera incurrido, en el equivalente cada una del 0.5% del valor de los bienes y servicios entregados o prestados extemporáneamente; entonces, *esa estipulación fue la que sirvió de apoyo fundamental a la administración para proferir las resoluciones mediante las cuales impuso la multa, objeto material del sub judice, por lo que en ese aspecto tales actos resultan válidos,* para encontrar apoyo contractual, que bien puede calificarse como legal, a voces del art. 1602 del C.C., también aplicable al negocio jurídico administrativo.

SEGUNDO.- El análisis del acervo probatorio, muestra que le asiste razón al *a quo* en cuanto afirma que si se configuró una situación injustificada de atraso en el suministro a que se obligó el Contratista, que no puede edilgarse a los fabricantes de los bienes sino que tuvo su origen en su única y exclusiva culpa; por esa razón, la entrega no se hizo en la fecha que se había previsto que era hasta el 13 de mayo de 1980, sino que se realizó siete meses después, en noviembre del mismo año.

De lo hasta aqui expuesto, resulta un retardo de aproximadamente 28 semanas, el cual permite concluir que la multa que se impuso por ese concepto se ajusta y ciñe a lo dispuesto en la ley que regulaba esa materia, así como a lo previsto en el negocio jurídico, es decir, que su fundamento y cuantía es acertada y legal.

TERCERO.- Para la Sala no es correcta la apreciación hecha por el Tribunal en el sentido de que la entrega parcial de los equipos impidió que el Contratista efectuará su instalación oportuna.

A ese respecto, es necesario advertir que el escrito que hizo llegar la parte actora a Telecom, el 16 de marzo de 1981, carece de todo efecto demostrativo en ese aspecto del problema, en virtud de que para el Contrato y las resoluciones acusadas el término hábil para hacerlo solo corrió a partir del siguiente 14 de abril "por haber sido esta fecha en que se colocaron en el sitio de instalación los equipos por parte de Telecom".

Fuera de lo anterior, si bien es cierto que en el escrito visible al folio 40 el Contratista deja constancia de que no ha recibido en forma completa los elementos y el sitio de trabajo, por lo cual las obras se han tenido que elaborar por cuotas, esa aseveración no fue debidamente acreditada. La Sociedad demandante, quien tenía la carga de hacerlo no probó que los equipos entregados con Acta de 14 de abril de 1981 lo hubiera instalado en el plazo previsto, o bien, que ello no fue posible a causa de los faltantes u otra razón diferente, con la virtualidad de eximirlo de responsabilidad en ese hecho.

La ausencia total de prueba o los medios incompletos o insuficientes, dan lugar a que el fallo sea desfavorable para quien debiendo demostrar los supuestos de las normas que contemplan el derecho pretendido, no los acreditan de manera regular y oportuna. entonces, la omisión probatoria que se dejó precisada, deja incólume el fundamento de los actos administrativos a que se refiere este juicio (arts. 1757 C.C. y 177 del c.p.c.). Ocurre, sin embargo, que durante el plenario no solamente dejó de cumplirse ese propósito, sino que más bien se presentaron indicios y pruebas de que la demandante incumplió desde un principio y de manera definitiva, si bien parcialmente, su obligación de instalar los equipos.

La prueba en ese sentido, está constituida por el Acta de Liquidación Definitiva del Contrato, que da cuenta no solo del incumplimiento en virtud de la cuantía de que se liquidó por ese concepto, sino también de que la parte actora acepto la multa resultante y la pagó.

No obstante, la descripción de como ocurrieron los hechos, está relatada en la comunicación que le enviara la interventoría del negocio jurídico al director de la Oficina Jurídica de Telecom, de 23 de junio de 1983. Tomado como indicio, el documento en cuestión ilustra bien sobre tres aspectos fundamentales, es decir, que la parte actora incumplió con la entrega oportuna y completa de los equipos y que sólo instaló aproximadamente un 10% de ellos; los siguientes apartes, son elocuentes a ese respecto:

> "El contratista inició las labores de montaje e instalación de los equipos, dos (2) meses después de haber sido entregado parcialmente y no en forma decidida, pues después de dos (2) meses y medio (agosto 28/81) de haber iniciado (junio 11/81) las obras con equipos recibidos desde abril 14 de 1981 solamente había realizado lo más elemental del montaje, sin dar muetras con otras obras que realmente estaba preparado para finalizar satisfactoriamente las obras; esto sin tener en cuenta que tales como conmutables de transferencia adicionales. cargadores de baterías y radiadores separados, elementos

indispensables para la culminación del montaje y los cuales se le solicitaron insistentemente al contratista a través de las notas 052220-0287 de abril 20 de 1981 y 052220-0330 de abril 30 de 1981.

"Después de la reunión de agosto 28/81, celebrada en Barranquilla, el contratista abandonó definitivamente la obra.

"El contratista en un lapso de siete (7) meses, contados a partir de abril 24/81, fecha de entrega de los equipos y noviembre 24/81 fecha de la Resolución No 001000-07602, no pudo efectuar el montaje completo de un grupo electrógeno, el cual para su funcionamiento no necesitaba de los equipos que aún faltaban por entregar". (fl. 6, Cdno. No 2).

"SITUACION ACTUAL DEL CONTRATO

"El contrato se encuentra en los trámites de liquidación conforme a la voluntad del contratista.

"Los equipos entregados no cumplen totalmente las especificaciones (Grupo electrógeno sin radiador separado), otros no corresponden a lo solicitado en el contrato (Caso de repuestos), e igualmente hicieron falta otros equipos que ya se relacionaron y la instalación hecha por el contratista, no corresponde a un 10% del total.

"En concordacia con lo anterior, la Empresa acometió las obras de instalación y debido al suministro por parte del contratista de equipos que no corresponden a lo especificado, la Empresa para tratar de utilizar los equipos suministrados y no aumentar sus pérdidas, ha tenido que realizar el acondicionamiento de éstos y además debe adquirir los elementos faltantes, esto sin tener en cuenta otros perjuicios de orden operativo que le ha ocasionado el incumplimiento del contratista". (fls 12 y 13 Cdno No 2).

En esas condicines, no cabe predicar la violación de la ley del contrato deducida en el fallo, sino que se imponía a la administración sancionar la mora en la forma que lo hizo.

CUARTO.- Es válida la observación que formula el recurrente en el sentido de que se evidencia contradicción entre los considerandos y la parte resolutiva y en los ordinales de la sentencia de primer grado. En realidad, si la causa o motivo de la sanción fue cierta y si la desproporcionalidad de la multa "no tiene la capacidad de equipararse a una falta motivación, ni tiene la fuerza para destruir la validez del acto", entonces no debió decretarser su anulación.

QUINTO.- Le asiste también razón al recurrente, cuando señala que las entidades públicas no pueden ser condenadas al pago de costas procesales, por prohibirlo de manera expresa las normas que enlistó en su censura.

Ahora bien, como en el presente caso no puede desvirtuarse la presunción de acierto y legalidad de las resoluciones demandadas por quien tenía la carga de demostrar lo contrario, vale decir su legalidad, como se anunció al principio, la sentencia en cuestión será revocada y como tampoco se violaron las normas invocadas por la firma demandante, se denegarán las pretensiones del libelo inicial de este proceso.

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.- REVOCASE la sentencia de 21 de septiembre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

SEGUNDO.- DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

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

Daniel Suarez Hernandez, Presidente de la Sala, *Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios montes Hernandez, Julio César Uribe Acosta,*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

COMUNIDAD/ COMUNERO/INTEGRACION DEL CONTRADICTORIO/ LITISCONSORCIO NECESARIO

En los casos de comunidad no es necesario que todos sus copropietarios demanden, pues basta que uno solo de ellos haya pedido para aquella, para que quede bien integrado el litisconsorcio necesario y en consecuencia, si la sentencia acoge el petitum, la decisión favorece a toda la comunidad.

ACCION DE REPARACION DIRECTA/ CADUCIDAD

De conformidad con lo que para entonces preveía al artículo 28 del Decreto Ley 528 de 1964, el plazo hábil para incoar esta acción de reparación directa si inició en la fecha en que se hizo transmisión del derecho de propiedad en favor de terceros. Cuando se presentó la demanda, dicho lapso perentorio e improrrogable ya había precluído, la expiración del término (de caducidad) fijado por la ley para ejercitar la acción, determina la imposibilidad para que el Consejo de Estado haga un pronunciamiento de fondos sobre la cuestión debatida en relación administrativa de que trata el aunto sub-lite.

FALLA DEL SERVICIO DEL INCORA

La falla del servicio consistió en que a los demandantes se les despojó de sus fincas, con base en la existencia de precaristas y para desarrollar en ellos un programa de dotación de tierras. Pero no obstante que los contratos con los tenedores terminaron, la administración en lugar de hacer su devolución y declarar cancelado el trámite, asentó en ellos a nuevas familias y los mantuvo afectados, todo lo cual vino a concluir luego, sin que se reconociera indemnización alguna, quedando así consumado el perjuicio y en consecuencia, desde ese momento nació para ellos el derecho a demandar el resarcimiento de los daños que se les causaron. El daño se tradujo en la privación de la tendencia física o material de los fundos, así como de las ganancias derivadas de la explotación agropecuaria a que estaban destinados.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Tercera.- Santafé de Bogotá D.C., once de mayo de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: Dr. Juan de Dios Montes Hernández.

Referencia: Expediente No 3180. Actor: Eduardo Claros Rojas y Otros.

Cumplido en trámite procesal de ley sin que se observe ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado, resuelve la Sala el proceso de la referencia iniciado en virtud de la demanda presentada el 28 de marzo de 1981, reformada con el libelo de 30 de julio de 1982.

El expediente de este proceso, fue destruido en los trágicos hechos acaecidos en el Palacio de Justicia en el año de 1985, razón por la cual hubo de ser reconstruido conforme a las disposiciones legales que se dictaron entonces sobre esa materia.

ANTECEDENTES PROCESALES

1.- La demanda.- Los señores Eduardo y Angel María Claros Rojas, Félix, Esperanza y Nubia Claros Gómez, Ana Rita Claros de Trujillo y Rosa Helena Gómez de Claros, por medio del apoderado judicial regularmente constituido y en ejercicio de la acción directa que a la sazón preveía el artículo 68 de la Ley 167 de 1941, incoaron la demanda buscando que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"1. El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria INCORA, es administrativamente responsable de los perjuicios ocasionados a los señores Eduardo, Angel María y Félix María Claros Rojas y a la señora Ana Rita Claros de Trujillo, con motivo de la operación administrativa de adquisición de los predios "SEVILLA" y "ARMENIA", ubicados en el municipio de Pitalito, Departamento del Huila, que se inició con la Resolución No 417 del 12 de mayo de 1970, expedida por el Director del Proyecto Huila 1-2 y 3, y que concluyó con la Resolución No 2398 del 21 de junio de 1978, expedida por el Subgerente Jurídico de dicha entidad.

"2. Como consecuencia de lo anterior, condénese al instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA) a pagar:

"2.1. Al señor EDUARDO CLAROS ROJAS, el valor de las perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante), que le fueron causados con motivo de la referida operación, desde el día 27 de octubre de 1970, fecha en que se produjo la entrega de las fincas "SEVILLA" y "ARMENIA" al referido Intituto y hasta el día 21 de junio de 1978, fecha en que se dio por terminado el procediminto de adquisición sobre dichos predios.

"2.2. Al señor ANGEL M. CLAROS ROJAS, a la señora ANA RITA CLAROS DE TRJILLO y a la secesión de FELIX MARIA CLAROS ROJAS,

representada por el señor FELIX CLAROS GOMEZ Y LAS SEÑORITAS ESPERANZA Y NUBIA HELENA CLAROS GOMEZ, el valor de los perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) que les fueron causados, con ocasión de la referida operación administrativa, desde el dia 27 de octubre de 1970, fecha de la entrega de la finca "ARMENIA" y hasta el dia 21 de junio de 1978, fecha en que se dió por terminado el procedimiento de adquisición sobre dichos predios.

"2.3. Los gastos del proceso y los intereses corrientes y moratorios, a la tasa legal, sobre las cantidades que resulten en favor de los citados, desde la fecha en que deba hacerse el pago hasta aquella en que efectivamente se realice.

"3. Al hacerse la regulación de los perjuicios se actualizará su valor teniendo en cuenta el indice de la devaluación monetaria." (folios 3 y 4 C. 1).

Los hechos fundamentales de la acción, fueron narrados así por los demandantes:

"El dia 6 de mayo de 1976, el señor EDUARDO CLAROS, mediante comunicación escrita dirigida al doctor EDUARDO GARCIA LOPEZ, Director Regional del Proyecto Huila 1-2 y 3 del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA), ofreció en venta a esta entidad las fincas "SEVILLA" y "ARMENIA", ubicadas en jurisdicción del Municipio de Pitalito...". (folio 4 C. 1).

"2. Por medio de la Resolución No A 417 del 12 de mayo de 1970, expedida por el Director Regional del proyecto Huila 1-2 y 3, se ordenó la adquisición de los referidos inmuebles. Esta Resolución fue notificada al señor Eduardo Claros, el dia 21 de mayo de 1970. (Expediente, folio 8).

"3. En el expediente que contiene las actuaciones administrativas de adquisición sobre los predios "SEVILLA y "ARMENIA" quedó establecido, que el señor EDUARDO CLAROS, era propietario de totalidad del predio "SEVILLA" y que éste y sus hermanos ANGEL MARIA, FELIX CLAROS ROJAS y ANA RITA CLAROS DE TRUJILLO, eran propietarios en común y proindiviso del predio "AREMENIA", con sus otros hermanos, en la siguiente porción de derechos, tomando como base un valor de $115.000.oo; EDUARDO CLAROS $77.000; ANGEL MARIA, FELIX, LUCRECIA, ANA RITA e INES CLAROS, $7.600, cada uno.

"4. Consta en el respectivo expediente administrativo, que el INCORA, siguiendo el procedimiento contemplado en la ley para la adquisición de los predios explotados por pequeños arrendatarios, aparceros y similares, comprobó la existencia de estos (folios 9 a 15, 18 a 22), practicó la diligencia de visita y exámen de los predios (folios 23 a 31), acordó con los interesados la superficie adquirible, y la calificación de las tierras (folios 34 y 35), suscribió una promesa de venta con fecha 26 de agosto de 1970 (folios 39 a 41) que luego fue modificada por otra, esta si definitiva (folios 131 a 134), en la cual se fijaron

las condiciones bajo las cuales el INCORA adquiriría los inmuebles "SEVILLA" Y "ARMENIA". Esta negociación fue aprobada por la Junta Directiva del INCORA en su sesión del dia 22 de mayo de 1974.

"En el curso de las negociaciones directas, se llegó a un acuerdo, en relación con el pago del crédito hipotecario existente en favor de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, cuyo recaudo perseguía la Caja a través del proceso ejecutivo seguido contra el señor EDUARDO CLAROS ante el Juzgado Civil del Circuito del Pitalito.

"5. No fue posible lograr un acuerdo con el Banco Cafetero, sobre la negociación del Crédito hipotecario, constituido en favor de esta entidad sobre el predio "SEVILLA". Por tal razón, mediante Resolución 036393 del 16 de octubre de 1974, expedida por la Gerencia General del INCORA, la cual fue aprobada por la Junta Directiva de la misma entidad, como consta en la resolución No 110 de la misma fecha, se decretó la expropiación del referido crédito hipotecario. Dicho crédito fue constituido según escritura pública No 779 del 20 (sic) de noviembre de 1967, registrada en la Oficina de Instrumentos Públicos de Pitalito el 22 del mismo mes y año, en el libro de hipotecas tomo I, partida 110, página 424 a 426, por la suma de $160.000.oo.

"Mediante comunicación No 1139 del 9 de enero de 1975, el señor Gerente del Banco Ganadero, (sic) se dio por notificado del acto administrativo de expropiación.

"6. INCORA entró en posesión de los predios "SEVILLA" y "ARMENIA", en desarrollo de las negociaciones directas de adquisición el dia 27 de octubre de 1970, como consta en el acta de entrega que obra al folio 176 del expediente en referencia.

"7. El INCORA, por razones que no interesan para los fines de esta demanda, desalojó de los predios a los cuatro (4) arrendatarios y aparceros, reconocidos como tales en el curso de la actuación administrativa para efectos de convertirlos en propietarios y celebró contratos de asignación provisional (folios 214 a 227) con los señores LUIS EDUARDO RIVEROS, JESUS MARIA ORTIZ, GONZALO DE JESUS CASTRO, FERNANDO TROCHEZ, SAUL BOLAÑOS,LEONTE VALENCIA, HERNANDO,ORTIZ y LAURENTINO PAPAMIJA BENAVIDES. Además celebró un contrato de comodato con la señora ABIGAIL VELA RODRIGUEZ DE JIMENEZ.

"8. En vista de que el Incora demoraba los trámites tendientes a la adquisición de los predios "SEVILLA" y "ARMENIA" y que tal demora venía causando serios perjuicios a sus propietarios, estos optaron por solicitar la desafectación de los mismos con fundamento en el artículo 29 de la Ley 6a. de 1975 y con tal finalidad celebraron contratos de aparcería (folios 235 a 251) con las mismas personas que el INCORA asentó sobre los predios, en virtud de los contratos de asignación provisional, a que antes se hizo referencia. Posteriormente los

propietarios de los predios "SEVILLA" y "ARMENIA" transfirieron en venta a las personas relacionadas en el punto 7o., los lotes de terrenos que ocupaban en los referidos predios. (folios 287 a 318).

"9. Mediante Resolución No 2398 del 21 de junio de 1978 expedida por el Subgerente Jurídico, el INCORA dio por terminado el procedimiento de adquisición sobre los predios "SEVILLA" y "ARMENIA".

"10. Los predios "SEVILLA" y "ARMENIA", se encontraban sometidos, para la época en que se adelantaron los trámites para su adquisición, a una explotación económica regular, estable y eficiente, en agricultura y ganaderia, como se desprende del acta de la diligencia de visita y exámen practicada por el INCORA el dia 16 de julio de 1970 (folios 24 y s.s. del expediente) que mereció ser calificada por el mismo INCORA como adecuadamente explotada e (sic) un 96.27% y como explotada en errendamiento o aparcería en un 3.72%.

"11. Los propietarios de los predios "SEVILLA" y "ARMENIA", sufrieron ingentes perjuicios con la prolongada actuación administrativa de adquisición, por cuanto dejaron de percibir los frutos que producía la explotación de los inmuebles desde la fecha en que lo entregaron al INCORA (27 de octubre de 1970), hasta el dia en que se produjo su desafectación (junio 21 de 1978). Recibieron además perjuicios derivados del deterioro que en sus condiciones de explotación recibieron los predios en poder del INCORA y de las personas a quienes posteriormente se les asignó provisionalmente.

"Particularmente, el señor EDUARDO CLAROS ROJAS, fue el más perjudicado con la operación administrativa de adquisición de los predios.

"En efecto, ante la demora en los trámites de adquisición, no solo dejó de percibir los mencionados frutos, sino que se vió obligado a reconocer mayores intereses moratorios y costas procesales por los créditos que tenía contraídos con la Caja de Crédito Agrario Industria y Minero, el Banco Cafetero y con varios acreedores personales, todos los cuales habían instaurado procesos ejecutivos ante los jueces civiles de Pitalito (Huila), para el recaudo de los mismos. (folios 5 a 8 C.1).

2.- *Los alegatos de conclusión.*- En la oportunidad procesal correspondiente alegaron los apoderados de las partes. El mandatario judicial de los demandantes, en su escrito que obra a folios 33 a 36, reitera su solicitud para que se declare la responsabilidad civil extracontractual del Incora por los hechos que generaron los perjuicios reclamados y se condene a la entidad a pagarle la indemnización correspondiente.

También alegó el apoderado de la Entidad demandada, para proponer como excepciones de fondo las de indebida integración del contradictorio por parte activa y la de falta de legitimación en la causa respecto del señor Eduardo Claros Rojas; asimismo, pidió declarar que frente a la situación fáctica en que se apoya el petitum,

es improcedente la acción de reparación directa en este proceso. Subsidiariamente, solicita denegar las súplicas de la demanda.

Autorizaron al Incora para descontar del precio lo correspondiente a terceros con derechos reales en el predio y en especial lo relacionado con las hipotecas constituídas a favor de la Caja de Crédito Agrario y del Banco Cafetero (fl. 39).

"En el compromiso nada se dijo sobre la obligación por parte del Instituto de arreglar o negociar las acreencias pendientes. En todo caso de las diferentes pruebas que aparecen en el expediente administrativo, se deduce que en la práctica el Incora sostuvo diferentes conversaciones con los acreedores, con el propósito de llegar a un acuerdo respecto al pago de las deudas y la cancelación de las hipotecas.

"Debe advertirse que las acreencias bancarias habían originado procesos ejecutivos, dando origen a su vez a otro problema como fue el punto relativo al pago de las costas judiciales.

"Así pues aparecen anexadas algunas Actas de reunion y otros documentos que demuestran la actividad desplegada por diferentes funcionarios del Incora, con el propósito de llegar a un arreglo y a una solución sobre los créditos hipotecarios existentes y de otros muchos créditos que fueron apareciendo (fl. 43 y ss.).

"Debe destacarse el hecho importante, consistente en el gran número de acreedores que en los meses posteriores fueron apareciendo y a los que tuvo que atender el Instituto (fls. 64,65,66,67,68,69,70,71,72,73,74,75,76,82 y 86).

"Al folio 87 aparece un documento suscrito por el deudor Eduardo Claros en donde objetó unos créditos.

"Transcurrió mucho tiempo durante el cual el Instituto debió darle solución a los múltiples créditos y atender a los acreedores que pretendían hacer valer sus acreencias. La anterior situación, justo es decirlo, fue causada por la conducta y el proceder del Actor Eduardo Claros.

"A lo anterior debe agregarse otra circunstancia, que también incidió notoriamente en la paralización del proceso administrativo de adquisición de predios.

"Como ya se había advertido, uno de los predios objeto de la negociación, el denominado "Armenia" pertenecía también a varios hermanos del señor Eduardo Claros, estos temerosos de la cantidad de acreedores que fueron apareciendo, solicitaron al Incora le fuera entregado personalmente el valor de su predio, oponiéndose de esta manera a la cancelación de los diferentes créditos que venía haciéndose por el Instituto (fl. 94-106).

"Posteriormente y ya en el año 1972 surgen nuevos problemas de créditos hipotecarios; se ordenan nuevos avalúos por parte del Instituto Agustín Codazzi, se solicitan nuevos certificados de tradición y se tienen que repetir algunas diligencias. Así por ejemplo, al folio 131 aparece el Acta de Segunda Etapa de negociaciones efectuadas en 1973.

"A fines de ese año el Instituto tiene aún que continuar tratando el problema de los créditos hipotecarios (fls. 152, 160,179). Ante la imposibilidad de obtener la cancelación de la hipoteca a favor del Banco Cafetero, punto este de primordial importancia para proseguir la negociación de los predios objeto de la adquisición, la administración tuvo que acudir a medidas extremas como fue la expropiación del mencionado crédito hipotecario. (fl 179,185,208,211) y someterse a todo el trámite legal que tal medida conlleva.

"Estando ya en este estado la negociación, los propietarios optaron por la desafectación de los predios para lo cual procedieron a realizar una serie de contratos de aparcerías (Ley 6a/75). En esta nueva etapa también surgió una circunstancia especial que demoró la decisión del Incora. La solicitud de desafectación presentada inicialmente tuvo que ser rechazada por motivos no imputables al Instituto (fls. 252 y ss. 257 y 270).

"Así pues, despues de esta nueva demora, la cual no se le puede tampoco imputar al Instituto, se pudo constatar, que los propietarios habían venvido (sic) los predios "Sevilla" y "Armenia"; entendió así la administración que el objetivo de la ley agraria ya se había cumplido, al convertirse los precaristas en propietarios de la tierra que venían explotando. En consecuencia de lo anterior procedió a dictar la Resolución No 2398/78 poniendo fin al procedimiento de adquisición de los mencionados predios.

"Lo anterior indica, que toda la serie de problemas que se presentaron y que demoraron el procedimiento administrativo de adquisición, tuvieron su origen en la conducta de los actores y en especial en los múltiples créditos adquiridos por el señor Eduardo Claros existentes desde antes de que ofreciera la venta de los predios al Incora.

"Tenemos así que las pruebas analizadas nos están señalando, que la *demora* en el trámite del proceso administrativo, no fue injustificada. Ya se vio que fueron muchos los motivos y causas que la originaron y todas ellas debido al proceder del señor Eduardo Claros, principal propietario de los predios objeto de la negociación.

"Resulta pues que la demora por la cual se pretende reclamar perjuicios no es imputable al Instituto pues las pruebas existentes justifican lo ocurrido y exoneran a la administración de cualquier responsabilidad." (fols. 155 a 158).

LA SALA CONSIDERA:

PRIMERO.- Para la Sala, la sentencia debe ser inhibitoria por caducidad de la acción, pero solo respecto de las pretensiones de la demanda relacionadas con los seis (6) lotes que haciendo parte de los predios SEVILLA y ARMENIA, fueron enajenados por la parte actora en favor de terceros en el año de 1977.

En el proceso, se halla acreditado que se hicieron las siguientes ventas:

1.- Por la Escritura Pública No 638 del 17 de agosto de 1977, de la Notaría Unica de Pitalito, Eduardo Claros dio en venta a Jesús María Ortíz 5 has. de las 165 has. que conformaban el predio Sevilla. Su registro, se efectuó el 12-09 de 1977 (fls. 287 a 291 Anexo).

2.- Con la Escritura Pública No 639 del 17 de agosto de 1977, igualmente en la Notaría Unica del Círculo de Pitalito, Eduardo Claros transfirió en venta a Gonzalo de Jesús Castro 5 has, de las 160 restantes del predio Sevilla. Esta fue registrada el 12-09 de 1977 (fls. 306 a 310).

3.- Mediante la Escritura Pública No 614 de 17 de agosto de 1977, corrida en el mismo despacho Notarial que las anteriores, Eduardo Claros enajenó en favor de Raúl Bolañoz 5 has. de las 155 que le quedaban en el predio Sevilla. Su registro, se efectuó el 12 de septiembre de 1977 (fls. 315 a 318 y 327).

4.- Con la Escritura Pública No 641, de la misma fecha y notaría que las precedentes, Eduardo Claros vendió a Leonte Valencia 5 has de las 150 restantes, del predio Sevilla. Su registro, se hizo el 12-09 de 1977. (fls. 311 a 214).

5.- Por medio de la Escritura Pública No. 803 de 14 de octubre de 1977, corrida en Notaría ya mencionada, Lucrecia Claros Rojas e Inés Claros vda. de González dieron en venta a Laurentino Papamija (5 has). a Hernanado Otiz (6 has.), a Luis Eduardo Riveros (5 has.), y a Fernando Trechez (5 has), de la totalidad de los derechos que en común y proindiviso tenían en el predio Armenia. Su registro, se realizó el 22-10 de 1970 (fls. 293 a 298).

6.- Finalmente, con la Escritura Pública No 807 de 17 de octubre de 1977, de la citada Notaría, Lucrecia Claros enajenó en favor de Abigail Rodríguez una (1) hectárea de sus derechos en común y proindiviso en la finca Armenia. El documento, se inscribió en el registro el 27-10 de 1977 (fls. 300 a 304).

En esas condiciones y de conformidad con lo que para entoces preveía el artículo 28 del Decreto Ley 528 de 1964, el plazo hábil para incoar esta acción de reparación directa se inició en la fecha en que se hizo transmisión del derecho de propiedad en favor de terceros. Cuando se instauró la demanda, el 28 de marzo de 1981, dicho lapso perentorio e improrrogable ya había precluído. La expiración del término fijado por la ley para ejercitar la acción, determina la imposibilidad para que el Consejo de Estado haga un pronunciamiento de fondo sobre la cuestión

debatida en relación con aquellas 42 has. vendidas con antelación a la conclusión de la operación administrativa de que trata el asunto sub lite.

SEGUNDO.- La Sala debe ahora pronunciarse sobre las excepciones propuestas por la entidad pública demandada en su alegato de conclusión, así:

A.- La excepción que tiene su fundamento en una defectuosa integración del contradictorio necesario por parte activa, no podrá prosperar por las siguientes razones:

Las pretensiones de la demanda se formularon en favor de la comunidad propietaria del predio Armenia, en la fecha en que se hizo la entrega material del inmueble a la administración; comunidad a la que se le causaron los perjuicios reclamados porque sin razón válida, el Incora retuvo los inmuebles, los ocupó con terceros y los mantuvo afectados.

En el ordinal 30 de los hechos de la demanda, se precisó que la finca Armenia, pertenecía a una comunidad, en nombre de la cual se ejerció el derecho de postulación. Con ese propósito, allí se dijo: "En el expediente que contiene las diligencias administrativas de adquisición de los predios SEVILLA y ARMENIA quedó establecido que el señor EDUARDO CLAROS era propietario de la totalidad del predio SEVILLA y que éste y sus hermanos ANGEL MARIA, FELIX CLAROS ROJAS Y ANA RITA CLAROS DE TRUJILLO eran propietarios en común y proindiviso del predio ARMENIA, con otros hermanos, en la siguiente proporción de derechos, tomando como base un valor de 115,000.: EDUARDO CLAROS $77.000; ANGEL MARIA, FELIX, LUCRECIA, ANA RITA e INES CLAROS $7.600.OO cada uno (fls. 5 y 6).

La doctrina y también la jurisprudencia de la Corporación tienen establecido que en los casos de comunidad no es necesario que todos sus copropietarios demanden, pues basta que uno solo de ellos haya pedido para aquella, para que quede bien integrado el litisconsorcio necesario y en consecuencia, si la sentencia acoge el petitum, la decisión favorece a toda la comunidad.

Visto lo anterior y probado como está con los certificados de Registro sobre propiedad y gravamenes como con los antecedentes administrativos, que cuando se dieron los hechos generadores de los perjuicios el predio ARMENIA era propiedad de la comunidad y en nombre de ella se pidió en la demanda, se concluye que el contradictorio necesario por parte activa se halla debidamente integrado en el proceso.

No obstante, es necesario precisar que no tiene razón la demanda en cuanto considera que están legitimadas para obrar en este juicio las familias campesinas que asentó en los inmuebles, obligando a la parte actora a que les vendiera las parcelas que ocuparon debido a que no esta demostrado que hubieran sufrido perjuicio con la actuación del Incora.

En lo concerniente a la representación legal de la comunidad, es pertinente transcribir lo que expresó esta misma Sala en la sentencia de 17 de diciembre de 1982 (expediente No 2686, Actor: David Calderon Rojas), en la que al resolver un caso que guarda especial similitud con el presente, con Ponencia del señor Consejero Doctor Carlos Betancur Jaramillo, dijo:

"Como se infiere de lo expuesto y de las voces de la demanda el titular de la acción debía ser el dueño de la finca La Esmeralda.

"Pero aquí surge un problema. Si bien es cierto que el doctor David Calderón demandó la indemnización alegando ese carácter, no lo es menos que el mencionado señor no era el propietario exclusivo de la finca, ya que ésta pertenecía en comunidad, por partes iguales al doctor Calderón Rojas y al señor Lorenzo García Castro.

"Todo permite concluir de los términos del libelo que el demandante accionó a favor de la comunidad y no en su interés personal y en cuya acta tampoco se dejó constancia alguna de la oposición existente (ver documento al fol. 13 del c.p.) y que no le permitía legalmente al doctor Calderón alegar derechos sobre un área determinada de la finca y menos disponer de ella como cuerpo cierto. El no poseía sinò un derecho de cuota equivalente al 50%. De allí que el aludido profesional al entregar esas 75 hectáreas, sin salvedades, comprometió derechos de la comunidad y no exclusivamente los suyos. Ejerció así el comunero una especie de agencia oficiosa. Y es de simple lógica que si afecta derechos de su copropietario busque ahora el resarcimiento suyo y el de éste.

"Se recalca el hecho de que el demandante accionó para la comunidad, porque si lo hubiera hecho para provecho y beneficio personal habría hablado de un porcentaje indemnizatorio equivalente a la cuota de su derecho de propiedad. Tal como lo ha dicho la Corte Suprema 'el comunero puede pedir para la comunidad, pero no es por la razón de que los comuneros se representen unos a otros o a la comunidad, sino en virud de que el comunero, cuando litigaba en favor de la comunidad, tiene un interés propio que se confunde con el de ésta.' (sentencia S. de N.G. 24 de septiembre de 1946).

"Aquí el daño sufrido por la comunidad no puede considerarse separadamente para su determinación porque fue la unidad de explotación agropecuaria la que se afectó directamente. Cosa diferente es la de que el resultado final (el monto del perjuicio sufrido) puede dividirse, entre los comuneros, según su cuota. De allí que en el caso concreto cada uno de los comuneros no puede aspirar sino al 50% de la indemnización pretendida, por ser este porcentaje la cuota parte de su derecho comunitario." (folios 9 y 10).

B.- La excepción de falta de legitimación en la causa, con relación al señor EDUARDO CLAROS ROJAS, porque con precedencia a la fecha de la presentación de la demanda vendió los bienes sobre los cuales recayó la operación administrativa, no podrá acogerse.

En estas acciones, la legitimación para obrar la tiene la persona a la cual la ley le otorga el derecho de postular las pretensiones, o sea la perjudicada con la falla o falta del servicio oficial. Ese derecho lógicamente no se pierde, porque con precedencia a la formulación de la demanda la persona interesada dispuso de los bienes sobre los que recayó la acción oficial. Aquella no puede conllevar para el perjudicado la pérdida del derecho de libre enajenación de las cosas que hacen parte de su patrimonio.

Sólo las veinte hectáreas que se mencionaron anteriormente, fueron vendidas antes de que cesaran los hechos generadores de los perjuicios. El resto, lo enajenó Eduardo Claros después, por medio de la Escrituras Públicas Nos. 2082 de 31 de julio y 741 de 5 de septiembre de 1978, ambas de la Notaría Unica del Círculo de Pitalito; por la primera las 145 has., que le quedaron del predio SEVILLA y por la segunda, la totalidad de sus derechos en común y proindiviso en la finca ARMENIA. (fol.24 a 30).

En tales circunstancias y con base en el análisis evaluativo de las pruebas pertinentes, el señor Eduardo Claros está legitimado para obrar en el proceso como demandante.

C. Practicado el examen de rigor, fluye claramente que las pretensiones de la demanda deben ventilarse en acción de reparación directa, ya que en este proceso no se controvierte la legalidad de ningún acto o contrato.

Tal aspecto fue bien claro desde el principio, al manifestar la parte actora que "no tenía interés en demandar el acto inicial, que ordenó la adquisición de los predios, *por cuanto no lesionaba sus intereses"*; tampoco la decisión final, en virtud de que reconoce "es facultativo del Incora adquirir o no predio, con destino a un programa de reforma agraria, *por cuanto es esta entidad la que juzga la necesidad de su adquisición...*(Subrayados fuera de texto).

La fuente de esta acción indemnizatoria, tampoco puede hallarse en la promesa de compraventa suscrita, por las partes del proceso, pues tuvo por causa la existencia en los predios de cuatro precaristas, que luego de cumplirse con la entrega de las tierras a la admininistración, realizada el 27 de octubre de 1970, desalojaron las parcelas.

Al desaparecer el presupuesto que permitió afectar los inmuebles, preexistencia de simples tenedores, concluyeron sus eventuales efectos, vale decir, Incora no podía continuar con la **adquisición** de los bienes y en esas circunstancias, cesó toda vinculación y obligación o derecho que hubiera generado la promesa de compraventa en cuestión.

SEGUNDO.- De los medios de prueba recogidos en el proceso, resultan acreditados los siguientes hechos, que permiten deducir validamente que con la salvedad de lo relacionado con los lotes que salieron del patrimonio de los

demandantes antes de 1978, las pretensiones de la demanda deben prosperar. En efecto

A.- Con los certificados de Registro de los predios Sevilla y Armenia, como con los antecedentes administrativos, se acredita la legitimación en la causa por la parte actora; repecto de sus causahabientes por causa de muerte, esta se demuestra con su registro civil de nacimiento y providencias judiciales en que se les reconoce su calidad de herederos.

B.- Por medio de la Resolución No a 417 de 12 de mayo de 1970, se ordenó iniciar las diligencias administrativas tendientes a establecer si los citados inmuebles estaban siendo explotados total o parcialmente por medio de pequeños arrendatarios, aparceros o similares. Luego de la visita de comprobación, con providencia de 1 de julio de 1970, Incora calificó en tal condición a cuatro precaristas y como consecuencia, dispuso proseguir el trámite correspondiente.

En el Acta de la primera etapa de negociaciones, se acordó la siguiente calificación del grado de explotación de las tierras: Adecuadamente explotadas 310 has. (96.27%). y explotadas por pequeños arrendatarios o aparceros 12 has. (3.27%). Además, se fijó cabida de la Unidad Agricola Familiar en 30 has. vale decir, que para ejecutar el programa solo se requería de la adquisición en total de 120 has.

El 26 de agosto de 1970, se efectuó la segunda etapa de negociaciones y como parte de ella se suscribió una promesa de compraventa sobre la totalidad de las dos fincas, por la suma de $628.000.oo; respecto de la entrega, se acordó realizarla "en el momento que el Instituto lo determine" (fols. 41 y 42 Anexo). Posteriormente, ese acuerdo sufrió algunas modificaciones.

Ante el acoso y apremio de la Entidad, el 27 de octubre de 1970, los propietarios le hicieron entrega de los terrenos junto con sus mejoras, instalaciones, construcciones y maquinaria vinculada a su explotación (fls. 176 y 177 ibídem).

C.- Todo venía desarrollándose normalmente, hasta que la Entidad decidió condicionar la compraventa pretendida a la previa negociación de los gravámenes hipotecarios que recaían sobre esos bienes, constituídos a favor de los Bancos Ganadero y Cafetero. Esa negociación, presentaba un cierto grado de dificultad, no pudo finalmente hacerse, por las condiciones económicas que para aceptarla pretendían imponer esos bancos.

D. Entretanto, los precaristas calificados, que dieron lugar a la afectación, por razones que se desconocen en el proceso, abandonaron sus parcelas, haciendo fracasar e impidiendo que continuara el trámite de adquisición iniciado.

En esas circunstancias, Incora en lugar de restituir los inmuebles y terminar su actuación, como correspondía asentó en ellos a nuevas familias y los mantuvo afectados.

E.- Luego de seis años de dilación y ante la negativa de la administración de comprar los predios, o bien devolverlos y desafectarlos, sus propietarios se vieron forzados a suscribir contratos de aparcería con las familias establecidas en ellos por el Incora y con esa base le solicitaron clausurar las diligencias iniciadas en 1970 (fls. 230 a 238 Anexo).

La medida adoptada por los demandantes no surtió ningún efecto. En consecuencia, en el año de 1977, para resolver la situación de hecho, creada por la administración tuvieron que vender parte de sus tierras (42 has.) a las familias campesinas puestas allí por la Entidad Pública demandada (fls. 287 a 314 ibídem); para obtener la cancelación de las hipotecas, debieron pagar a los bancos el capital y los intereses de mora que se causaron mientras duro la operación oficial.

F.- Pese a todo, aún debió transcurrir otro año, para que finalmente el Incora se decidiera a poner término a su actuación, que se concretó en la Resolución . 2398 de junio 4 de 1978, permitiendo de esa manera que la parte actora y los terceros que les compraron aquellos seis lotes, tuvieran nuevamente el pleno goce de la propiedad.

TERCERO.- En síntesis, se deduce del acervo probatorio que se encuentran reunidos los elementos que estructuran la responsabilidad extracontractual de la administración.

La falla o falta del servicio, consistió en que a los demandantes se les despojó de sus fincas, con base en la existencia de precaristas y para desarrollar en ellos un programa de dotación de tierras. Pero no obstante que los contratos con los tenedores terminaron, la administración en lugar de hacer su devolución y declarar cancelado el trámite, asentó en ellos a nuevas familias y los mantuvo afectados, todo lo cual sólo vino a concluir el 4 de junio de 1978, sin que se reconociera indemnización alguna, quedando así consumado el perjuicio y en consecuencia, desde ese momento nació para ellos el derecho a demandar el resarcimiento de los daños que se les causaron.

El daño o la lesión, se tradujo en la privación de la tenencia física o material de los fundos, así como las ganancias derivadas de la explotación agropecuaria a que estaban destinados; igualmente se representa en los intereses que debieron pagar los demandantes a los bancos por todo el tiempo que estuvieron en poder de la administración, entre 1970 y 1978.

Los perjuicios reclamados, fueron producidos como consecuencia directa y necesaria de la falla o falta del servicio deducida a la administración.

El Incora no alegó ni probó la existencia de causal exonerada de su responsabilidad en los hechos.

De eventos como el aquí se juzga, se ha ocupado la Sala, razón por la cual es oportuno recordar algunos de sus pronunciamientos, además de la sentencia que fue

invocada por la parte actora de diciembre 12 de 1977, dictada al decidir la acción de reparación directa promovida por Abel Piedrahita Aduén, en el que actuó como ponente el señor Consejero doctor Osvaldo Abello Noguera (fls. 133 a 145).

Así en el fallo que se citó resolver sobre la excepción de indebida integración del contradictorio de diciembre 17 de 1982, se expresó:

"Pero existen casos de ocupación que requieren un enfoque diferente. Ya ésta no se produce por la entidad pública con ocasión de una obra o trabajo público, sino que la entidad pública por acción u omisión permite, facilita o hace posible que otra persona diferente entre a detentar (sic) el bien. Aquí, esa conducta de la administración puede comprometer su responsabilidad si se cumple por fuera del ordenamiento, como constitutiva de una falla del servicio o por implicar el rompimiento del principio de la igualdad frente a las cargas públicas.

"En otros términos, si la administración recibe el inmueble y no lo incorpora a su patrimonio fiscal o a los bienes de uso público, sino que lo entrega, sin poder para ello, a terceras personas para que se beneficien de él, se tipifica una conducta que compromete la responsabilidad estatal y que permite al titular del derecho lesionado solicitar la indemnización. Igual consecuencia se produce cuando la ocupación del tercero se debe precisamente a la omisión de la administración en cumplir los deberes de protección que requiera el titular del derecho.

"En las hipótesis vistas el perjuicio se produce bien por acción u omisión de las autoridades públicas.

"En los casos en que los particulares ocupen la propiedad privada a instancia de la administración o por su tolerancia, el titular del derecho vulnerado tiene diferentes clases de acciones: unas frente a los ocupantes (lanzamiento policivo por ocupación de hecho, en primer término; posesorias o reicindicatorias, luego)" y otra, frente a la administración, de sentido indemnizatorio, y por el incumplimiento del deber de protección que le debió brindar.

"Visto el hecho fundamental planteado en la litis (el Incora recibió provisionalmente parte de la finca LA ESMERALDAS que venía en proceso de adquisición, y la entregó a los campesinos de la región, quienes contituyeron para su explotación una empresa comunitaria) puede afirmarse que el asunto ni técnica ni jurídicamente es de ocupación permanente, sino de responsabilidad extracontractual puro y simple.

"El Incora inició proceso de adquisición del inmueble LA ESMERALDA y cumplió sus trámites como operación administrativa hasta la expedición; el que sometido a consulta ante el Tribunal Administrativo del Huila fue declarado sin efectos.

"Si no se hubiera producido la entrega de parte del inmueble, los perjuicios no se habrían producido o serían mucho menores. Pero desde el 29 de septiembre de 1971 el doctor David Calderón ' en su condición de propietario de la finca' hizo entrega al Incora de 75 hectáreas aproximadamente, correspondientes a los lotes 'Remolino, Ceylan, Cafuche y la Cola.' (ver acta a folios 13 del C 1). Ya con esos lotes en su poder, el Incora los cedió a los campesinos de la región y con su asesoría éstos constituyeron la empresa comunitaria La Esmeralda, la que ha venido explotando desde ese entonces las zonas recibidas.

"Se solucionó así un problema social, el que hoy es practicamente irreversible. La empresa funciona normalmente con la asesoría del Incora y con la ayuda del crédito estatal.

"Todo venía dentro de la normalidad hasta que la expropiación fue considerada no viable; cerrándose así la posibilidad de la entrega definitiva del inmueble.

"Como era obvio el propietario solicitó la restitución, prevalido no solo de la constancia que había dejado en el acta de entrega (a folios 14, ordinal 4o. del c. 1) sino en la invalidación del proceso de adquisición.

"Pero el Incora, en una actitud incomprensible, alegó que nada tiene que devolver porque la constancia dejada en el acta le era inoponible.
"Nadie puede dudar que la entrega se produjo a instancias del Incora y para satisfacer un programa agrario, que el mismo instituto propició el hecho de la ocupación y dio asesoría a los ocupantes para la creación de la Empresa comunitaria.

"Muestran los hechos, entonces, que el propietario fue desposeido de parte de su finca en desarrollo de una operación administrativa de adquisición de la misma para un programa de ley agraria. operación que se cumplió irregularmente y que por esa misma razón fue lesiva de los derechos de la parte actora.

"La responsabilidad en el derecho administrativo colombiana puede provenir de diversas fuentes, así: de un acto administrativo ilegal, en principio; de una operación administrativa igualmente ilegal, o sea de aquel conjunto de pasos procesales cumplidos por la administración para lograr un determinado cometido; de una operación meterial de ejecución o de un hecho o abstención administrativa.

En el caso concreto, los perjuicios nacieron de la irregulairdad de la operación de adquisición, la que de haberse cumplido dentro de los marcos legales hasta su culminación en la expropiación no habría causado perjuicios. Claro que también podría calificarse toda la actuación administrativa como una falla del servicio."

Ya más recientemente, en sentencia de 27 de febrero de 1992 (Expediente No 4108, actor: Alfredo Molina Lince), con ponencia del mismo Consejero que dirige este prceso, al referirse al alcance y efectos de las negociaciones preliminares, dijo:

"Esta relación demuestra que el proyecto contrato de permuta no se podía celebrar porque el inmueble que pretendían los demandantes (hecho f. de la demanda), había salido del patrimonio municipal desde 1976; sin embargo, no hay duda de que se desarrolló un procedimiento tendiente a la celebración del contrato, el cual -como toda actuación administrativa- debe estar presidido por el principio de la buena fe hoy consagrado positivamente en el artículo 83 de la Constitución Política; su quebranto genera responsabilidad patrimonial a cargo del Estado cuando ha ocasionado perjuicios al particular vinculado en la relación precontractual.

"El profesor Renato Scognamiglio ilustra este problema de la siguiente manera:

Dentro del contrato en particular, debido a la estructura y a la función, el asunto se complica bastante, ya que para su celebración debe concurrir y concordar en su contenido los actos de las partes (dos o más) que intervienen en la autorregulación de intereses. La observación de la realidad nos muestra que, por lo menos en los casos de mayor relieve, a ese resultado solo se llega luego de una fase de negociaciones preliminares, a veces largas y difíciles, a la que sigue otra fase indispensable siempre, la de la emisión y el cambio de los actos con los cuales cada parte expresa su decisión. Se trata de un procedimiento a menudo complejo y de cierta duración, que plantea al derecho una serie de problemas relativos a la relevancía de las varias fases y a la determinación del momento en que se celebra el contrato; problemas que el ordenamiento resuelve en distinta forma, como lo enseña la experiencia histórica, que en el ánimo de simplificar al análisis, pueden reducirse a dos fundamentales:

" ' Pueden estatuir, como ocurría en la época antigua, que la formación del acuerdo dependa de actos o formas solemnes y considerar que únicamente ese acto conclusivo (y formal) tiene relevancía para el derecho. O bien, puede referirse a las varias fases del proceso de formación del contrato, ampliando las consecuencias jurídicas y hacer coincidir la formación de aquel con la realización efectiva del acuerdo, que es la solución generalmente acogida por el derecho moderno y, por lo demás, la única concorde con el reconocimiento del contrato como instrumento de alcance general para la regulación de los intereses particulares.

" ' Tal planteamiento encuentra en nuestro código una expresión significativa en la disciplina legal de la materia de las negociaciones preliminares, tan debatida en la doctrina y la jurisprudencia menos recientes. La fase de dichas negociaciones, sobra indicarlo, precede a la fase formativa propiamente dicha, constituye un momento preliminar y no necesario, y se concreta en una serie de actos que de suyo no son vinculantes en cuanto se refiere a la celebración del contrato, pero que si son **susceptibles** a asumir en la práctica un cierto relieve dentro de esa finalidad, por lo menos en los negocios de mayor importancia (que requieren en verdad un intercambio preventivo de comunicaciones, proyectos, etc., luego de lo cual es posible lograr el acuerdo punto por punto).

El problema que el legislador se plantea a este propósito es el de compaginar la libertad de acción de las partes, que no debe tener restricciones durante esa fase preliminar con la exigencia de imponer a los contratantes una línea de conducta suficientemente respetuosa de los intereses de la contraparte, con el objeto de evitar que las negociaciones previas puedan convertirse en fuentes de daños.

" 'El código resuelve en principio la cuestión cargando a cada uno de los sujetos que intervienen con el deber de comportarse de buena fe (art. 1337 cód cv.); una fórmula sintética y comprensiva de la plenitud de los varios deberes de conducta que pueden integrar el criterio fundamental de la corrección en el tráfico jurídico.

" ' Con el mismo propósito considera de mala fe al contratante que transgrede tales deberes, y por ejemplo, inicia las negociaciones preliminares sin ninguna intención de celebrar el contrato o las interrumpe por capricho, etc. (sin que interese saber si obró con dolo o negligencia). El juicio sobre el comportamiento de los estipulantes se viene así a formar un criterio un poco vago y elástico (el de la buena fe); pero en esta materia no es posible, ni conveniente, un índice de valoración más preciso y riguroso, y la propia conciencia social, en todos los ambientes, siendo sigularmente sensible a dicha exigencia de corrección, suministra en cada oportunidad elementos de decisión bastantes seguros.

" 'El Código prevé una hipótesis específica de culpa precontractual en la norma siguiente, art. 1338, según la cual, aquella de las partes que conociendo o debiendo conocer la causa de la invalidez del contrato, no haya dado noticia de resarcirle el daño que haya dado noticia de ella al otro contratante, está obligada a resarcirle el daño que haya sufrido éste (que sin incurrir en culpa, confió en la validez del acto). En este caso son valederas las consideraciones anteriormente hechas: efectivamente se trata de una transgresión del mencionado deber de corrección, que el legislador general del art. 1337 cit., obviando cualquier discusión. La misma solución debe darse, como lo hizo una jurisprudencia reciente, al caso en que una de las partes haya dado causa a la invalidez (pero siempre a condición de que la otra parte haya ignorado tal causa sin su culpa). A la inversa, de ninguna manera puede admitirse esa responsabilidad cuando la nulidad depende de la violación de una prohibición legal que ambas partes debían conocer. (folios 12 a 15).

$$S = \frac{42 \times 628.000}{316 \text{ Has.}} \qquad \underline{S= \$544,532,oo}$$

El monto que se obtenga por la liquidación del lucro cesante, conforme a lo pedido en la demanda, deberá actualizarse con aplicación de los índices de precios al consumidor de ingresos medios que lleva el DANE y con aplicación de la siguiente fórmula:

$$V.P. = S \frac{\text{Indice Final}}{\text{Indice Inicial.}}$$

En donde, "V.P." es el valor presente, o sea el que se busca; "S" el lucro cesante que se actualiza; Indice Inicial el del mes siguiente hasta el cual llega la liquidación por lucro cesante; e Indice Final, el último certificado hasta la fecha de esta providencia.

De acuerdo con la metodología de elaboración de los índices, la revalorización tendrá dos períodos: El primero parte de la base de datos de 1978 y tendrá como indice inicial el de julio del mismo año, del 94.40 y el final será el de agosto de 1981, de 188.19, que da como resultado 1.99353813; en el segundo, con la base de datos de 1988, "S" será el resultado obtenido en el anterior, índice inicial el de septiembre de 1981, del 24,16 y final, el de marzo de 1992 del 231.17, con lo cual, hecha la operación correspondiente dá 9.56829470.

Establecida como está la falla del servicio de la administración y como los perjuicios que se reclaman surgieron de esa conducta irregular, deberá condenarse a la Entidad a pagar la indemnización que resulte liquidada a favor de la parte actora y así se dispondrá en la parte resolutiva de esta providencia.

Los perjuicios

1.- En el proceso, esta acreditado que los daños se causaron entre la fecha de entrega de los bienes al Incora y hasta cuando se produjo su desafectación, pero no se fijó su monto real, que ahora resulta dificil de establecer de manera concreta y discriminada, por el tiempo desde entonces transcurrido.

La indemnización que se reconoce, solo comprende el lucro cesante representado por el rendimiento económico dejado de percibir y por las limitaciones impuestas al goce pleno de la propiedad de los inmuebles, del 27 de octubre de 1970 al 21 de junio de 1978 y para fijarlo se seguirá el sistema adoptado por la Sala en la ya citada sentencia de diciembre 12 de 1987. Con esa pauta, aquel se obtendrá al liquidar intereses comerciales, a la tasa señalada al efecto por la Superintendencia Bancaria, sobre el valor que los inmuebles tuvieron para las partes en 1970, al que se descuenta el precio que corresponde a las 42 Has. a que se refirió la excepción de caducidad, mediante esta operación:

2.- Los perjuicios derivados de la operación administrativa que se adelantó sobre el predio SEVILLA, le corresponden a su único titular de dominio señor EDUARDO CLAROS.

Ahora, la indemnización por la misma actuación administrativa pero cumplida sobre la finca ARMENIA se distribuirá entre quienes eran sus copropietarios, en proporción a sus cuotas, que sobre un avalúo de $115.000, estaban divididas así: Eduardo Claros $77.000.oo o sea el 66.95% y de Angel María, Ana Claros y Félix

Claros (hoy sus herederos) la suma de $7.600, ó el 6.61% para cada uno de ellos. No se incluye a las señoras Lucrecia e Inés Claros, porque estas personas según se vio, enajenaron la totalidad de sus derechos de cuota en el año de 1977.

A falta de otro elemento de juicio, en el reparto de la indemnización se tendrá en cuenta que de las 316 hectáreas que originalmente conforman los bienes, SEVILLA tenía 166 Has (52.53%) y ARMENIA 150 Has (el 47.47%). Ahora descontadas las 20 y 22 Has, respectivamente, vendidas en 1977, ese porcentaje quedó en 53.28 y 46.72, en su orden.

3.- No se hace ningún reconocimiento por concepto de los intereses de mora que se pagaron a los acreedores hipotecarios, porque ese extremo no se demostró. Tampoco se podrá ordenar el pago de la indemnización que se reclama por la destrucción de algunas instalaciones y construcciones como por la pérdida de cultivos, especialmente pastos, ocurrida mientras los bienes estuvieron en poder de la administración, pues esos hechos no fueron demostrados; por vía de ejemplo, en la prueba testimonial apenas se hace alguna referencia a esa circunstancia, pero sin ninguna precisión o detalle.

En concecuencia, la liquidación quedará así:

A.- LUCRO CESANTE:

Períodos:

- De octubre 27 de 1970 a 9 de febrero de 1972 (Resolución No 2865);

$$\frac{544.000 \text{ X } 18 \text{ X } 463}{36.000} = 126.059.oo$$

- De febrero 10 de 1972 al 11 de marzo de 1974 (Resoluciones Nos. 290 y 2190).

$$\frac{544.532 \text{ X } 14 \text{ X } 751}{36.000} = 159.034.oo$$

- De ,marzo 12 de 1974 al 22 de junio de 1976 (Resoluciones Nos. 699 y 1472):

$$\frac{544.532 \text{ X } 16 \text{ X } 820}{36.000} = 198.452.oo$$

- De junio 23 de 1976 a junio 21 de 1978 (Resoluciones Nos. 1487 y 2087):

$$\frac{544.532 \text{ X } 18 \text{ X } 718}{36.000} = 195.487.oo$$

TOTAL LUCRO CESANTE $679.032.00

B.- ACTUALIZACION DE LA CONDENA:

- Primer período: 679.032 X 1.9935813559 = 1'353.676.oo

- Segundo período: 1'353.6767 X 9.56829470 = 12'952.371.oo

C.- DISTRIBUCION DE LA INDEMNIZACION

Por el predio SEVILLA, considera su extensión, le corresponde al señor EDUARDO CLAROS el 53.28%, o sea:

12.952.371.oo X 53.28% = 6'901.023.oo

De la finca ARMENIA, según su cabida, le corresponde a la comunidad el 46.72% y queda así:

12.952.371.oo X 46.72% = 6'051.348.oo

A su vez la indemnización por el predio ARMENIA, se reparte de la siguiente manera entre los coopropietarios que tienen derecho a ella:

- Eduardo Claros el	78.04% = 4'722.472.oo
- Angel Claros el	7.32% = 442.959.oo
- Ana Rita Claros Rojas el	7.32% = 442.959.oo
- Félix Claros (suc) el	7.32% = 442.959.oo

En resumen, la liquidación quedará así:

- EDUARDO CLAROS ROJAS	$ 11'623.495.OO
- ANGEL MARIA CLAROS ROJAS	$ 442.959.OO
- ANA RITA CLAROS ROJAS	$ 442.959.OO
- FELIX CLAROS ROJAS (herederos)	$ 442.959.OO

Sobre las sumas así liquidadas, se causarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia y moratorios de ahí en adelante.

Por lo expuesto, el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO.- DECLARASE inhibido para resolver de fondo, por caducidad de la acción, sobre las pretensiones de la demanda relacionadas con los seis lotes, con cabida total de 42 has., enajenados por la parte actora en 1977.

SEGUNDO.- DECLARASE responsable al INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA, INCORA, de los daños y perjuicios causados a EDUARDO CLAROS ROJAS, y a la comunidad conformada por éste y sus hermanos ANGEL MARIA CLAROS ROJAS, ANA RITA CLAROS DE TRUJILLO y FELIX CLAROS ROJAS, éste representado por sus herederos ESPERANZA, NUBIA y FELIX CLAROS, como consecuencia de la operación administrativa adelantada sobre los predios SEVILLA y ARMENIA, ubicados en jurisdicción del Municipio de Pitalito en el Departamento del Huila.

TERCERO.- CONDENASE al INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA, INCORA, a pagar a las personas mencionadas, de las condiciones civiles conocidas en este proceso, o a quienes representen sus derechos, el total de los perjuicios materiales que por concepto de lucro cesante se desviaron de esa operación administrativa, así:

A EDUARDO CLAROS ROJAS la suma de ONCE MILLONES SEISCIENTOS VEINTITRES MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS ($11'623.495.00) MONEDA CORRIENTE; a ANGEL MARIA CLAROS ROJAS la suma de CUATROCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS ($442.959.00) MONEDA CORRIENTE; a ANA RITA CLAROS DE TRUJILLO la suma de CUATROCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS (442.959.00) MONEDA CORRIENTE y a FELIX MARIA CLAROS ROJAS, representado por sus herederos, ESPERANZA, MARIA HELENA Y FELIX CLAROS GOMEZ la suma de CUATROCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS ($442.959.00) MONEDA CORRIENTE.

Las sumas anteriores, devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia y moratorios después de ese término.

CUARTO.- Para el cumplimiento de los dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A., se expedirá copia de este fallo, con constancia de su ejecutoria, con destino al Incora y a la parte demandante, con las constancias previstas por el artículo 115 DEL C. DE P.C.

QUINTO.- DENIEGANSE las demás súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

Se deja constancia que la providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala de fecha 8 de mayo de 1992.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION/ PODER ESPECIAL

Por ser la revisión un recurso extraordinario, este deberá iniciarse con la demanda correspondiente posteriormente a la ejecutoria de la sentencia o sentencias de cuya impugnación se trata, a la que deberá allegarse el poder especial para tal propósito, a menos que el recurrente ostentare la calidad de abogado en ejercicio; la competencia para conocer del recurso extraordinario de revisión está dada a autoridad judicial distinta a quien profirió el fallo cuya revisión se pretende; las causales para incoar el recurso son taxativas y por consiguiente no admiten interpretación extensiva ni analógica.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Tercera.- Santafé de Bogotá D.C.,catorce de mayo de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: Doctor Daniel Suárez Hernández

Referencia: Expediente No 6654 Actor: Fabiola Ariza de León y O.

El abogado HERNAN GUTIERREZ SOTO, quien afirma obrar "en calidad de apoderado de la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL", formula recurso de revisión contra la sentencia de 26 de marzo de 1992, proferida por ésta Corporación dentro del proceso de la referencia, para lo cual presenta el escrito que ocupa los folios 273 a 287 y acompaña al mismo, en copias no auténticadas, los documentos que ocupan los fls. 261 a 272.

Estudiando el expediente, para concluir si es procedente o no la revisión del mismo a la Sala Plena de la Corporación, esto es, si se concede o nó el pretenso recurso extraordinario de revisión, la Sala encuentra que ello no es posible y por consiguiente negará su concesión, por las siguientes razones:

1a. La sentencia de 28 de marzo de 1992, cuya revisión se pretende, según constancia secretarial visible al folio 288, cobró ejecutoria el dia 9 de abril de 1991, quedando concluido el proceso.

2a. El mandato judicial anunciado por quien hoy suscribe la solicitud de revisión, está dado por el documento que obra a folios 178, el cual se agotó con la ejecutoria del fallo. De manera pués, que cualquiera otra actuación efectuada con posterioridad requiere de nuevo mandato, como claramente se impone por lo establecido en el primer inciso del art. 70 del C. de P.C. (reforma 26 del art. 1 del decreto 2282 de 1989) al prescribir que "el poder para litigar se entiende conferido para los siguientes efectos: solicitar medidas cautelares y demás actos prerentorios del proceso, adelantar todo el trámite de éste, realizar las actuaciones posteriores que sean consecuencia de la sentencia y se cumplan en el mismo expediente, y cobrar ejecutivamente en proceso separado las condenas impuestas en aquella".

3a. Por ser la revisión un recurso extraordinario, este deberá iniciarse con la demanda correspondiente, posteriormente a la ejecutoria de la sentencia o sentencias de cuya impugnación se trata, a la que deberá allegarse el poder especial para tal propósito, a menos que el recurrente ostente la calidad de abogado en ejercicio; la competencia para conocer del recurso extraordinario de revisión está dada a autoridad judicial distinta a quien profirió el fallo cuya revisión se pretende; las causales para incoar el recurso son taxactivas y por consiguientes no admiten interpretación extensiva ni analógica (art. 185 a 1288 del C.C.A.).

4a. La demanda que contenga el recurso extraordinario de revisión, según voces del art. 189 del C.C.A., modificado por el artículo 42 Decreto 2304 del 1989 debe reunir los requisitos prescritos por el art. 137 ibídem, con la "indicación precisa y razonada de la causal en que se funda, acompañada de los documentos necesarios". La causal que invoca el memorialista, según puede leerse a folio 280, es la segunda de las enunciadas en el numeral 2) del art. 188 del C.C.A., es decir, "si se recobraren pruebas decisivas después de dictada la sentencia, con las cuales se hubiere podido proferir una decisión diferente, que el recurrente no pudo aportar al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria", para lo cual relaciona como medios de prueba un folleto no auténtico denominado "BOLETIN COMITE DE INFECCIONES # 2. OCTUBRE DE 1991 CLINICA SANTA ROSA CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL", sin que presente autor cierto o con posibilidades de conocerlo; y dos hojas en fotocopia simple que denominó "REVISTA INTERNACIONAL DE ACTUACION ODONTOLOGICA. TEMA-TERAPIA PROFILACTICA", igualmente sin autor cierto o que pueda llegar a ser conocido. En cuanto a documentales, no afirma el momorialista que le hubiere sido imposible acompañarlas oportunamente, en virtud de fuerza mayor, caso fortuito o por obra de la parte contraria, únicas razones que pueden encuadrar dentro del concepto de "pruebas recobradas".

5a. El memorialista HERNAN GUTIERREZ SOTO, extrañamente y por razones que deberá explicar a su poderdante, a pesar de haber recibido poder desde el 31 de julio de 1989, como consta a folios 178 vto., nunca intervino, como era su

deber, en defensa de los intereses de la Caja Nacional de Previsión Social, si bien para formular alegatos de conclusión durante la primera instancia o ya sea para replicar los argumentos de la parte actora apelante, o cuando menos para alegar de conclusión durante la segunda instancia. Solamente hasta el 21 de abril de 1992, cuando ya había cobrado ejecutoria el fallo proferido por el *ad quem*, "recuerda" su obligación de abogar por su mandante, para formular el referido recurso extraordianrio de revisión, que antes que tal parece un alegato de instancia.

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

RESUELVE

1. NIEGASE la concesión del recurso extraordinario de revisión, por haber sido formulado en circunstancias abiertamente ilegales.

2. Ejecutoriado este auto, devúelvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha, 14 de mayo de 1991.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

ANULACION DEL LAUDO ARBITRAL-Características/ **LAUDO ARBITRAL/ PRINCIPIO DISPOSITIVO**

El recurso de anulación de laudos ataca la decisión arbitral por errores *"in procedencio"* en que haya podido incurrir el Tribunal de Arbitramento, y excluye de su orbita los errores *"in judicando"*, lo cual implica que no puede impugnarse el laudo en cuanto a cuestiones de mérito. Ha de entenderse la infirmación del laudo, sin que la decisión que adopte el juez del recurso pueda reemplazar o sustituir la que pronunció el Tribunal del Arbitramento; se exceptúa de lo anterior, la causal 9 del derogado artículo 672 del C. de P.C., hoy causales 7 a 9 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, en cuyo caso incumbe al juez de la anulación salvar las contradicciones o colmar la laguna dejada por el Tribunal de Arbitramento (corrección o adición del laudo arbitral). Los procederes del juez del recurso de anulación están limitados por el llamado "principio dispositivo", conforme al cual es el recurrente quien delimita, con la formulación y sustentación del recurso, el objeto que con él se persigue y ello, obviamente, dentro de las precisas causales que la ley consagra.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO/ ARBITRO/ COMPETENCIA/ CORRECCION MONETARIA/ PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

En el trámite arbitral la competencia de los árbitros y los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente, han de ser señalados de manera expresa, clara y taxativa por las partes. Son las partes quienes habrán de señalar las estrictas materias que constituyen el objeto del arbitramento. Si los árbitros hacen extensivo su poder jurisdiccional transitorio a temas exógenos a los queridos por las partes, atentarán contra el principio de congruencia, puesto que estarán decidiendo por fuera de concreto tema arbitral. Las partes al impedirle al Tribunal de Arbitramento ocuparse y resolver sobre el fenómeno indexatorio, fijaron autónomamente su querer, consistente en que el mismo no fuera tocado para nada por los árbitros. Si bien es cierto que existen tendencias doctrinales y

jurisprudenciales que abogan por considerar y resolver de oficio el fenómeno indexatorio, ello puede ser de recibo en campos distintos al arbitral, mas nunca en éste por la elemental razón de que la competencia de los árbitros es escrita, taxativa y oponible a éstos y a las partes.

PRINCIPIO DE CONGRUECIA/ANULACION DE LAUDO ARBITRAL-Causales

La pretendida falta de congruencia entre la parte resolutiva y la parte motiva no es, en principio, causal de nulidad de un laudo. La incongruencia se predica respecto de disposiciones contradictorias de la parte resolutiva y se justifica, en tales casos, la reforma del laudo, porque de mantenerse no se podrían aplicar simultáneamente las varias decisiones antagónicas. Se ha dicho que en principio la contradicción del laudo para que sea anulable por la vía de la causal séptima, ha de buscarse entre disposiciones contenidas en la parte resolutiva y no entre las de ésta y la motiva, salvo en condiciones muy particulares en que se torne imposible prescindir de la parte motiva.

ERROR ARITMETICO/ ANULACION DE LAUDO ARBITRAL-Causales

La causal 7a de anulación se refiere al caso de que la parte resolutiva del laudo contenga errores aritméticos o disposiciones contradictorias, y en dicha parte resolutiva no existen tales errores como que no está hablando de menos cuando era más, ni se multiplica cuando debería dividirse o viceversa, ni existe equivocación alguna entre las expresiones numéricas y las literales. Dicho de otra manera, no contiene el laudo el llamado "error de cálculo". Los supuestos errores aritméticos a que se refiere el recurrente, aparte de no señalarse como contenidos en la parte resolutiva del laudo, son en realidad disparidades de concepto.

ANULACION DEL LAUDO ARBITRAL-Límites

En el proceso arbitral caben las disposiciones sobre las referencias suscitadas entre las partes acerca de la cuantificación concreta que la administración haga como consecuencia de las declaraciones de caducidad o terminación, modificación e interpretación unilaterales, porque lo que la norma prohibe es que se discuta la aplicación de tales cláusulas y sus efectos jurídicos, mas no las consecuencias económicas de dichos efectos. Puesto que una cosa es alegar que no puede arbitrarse sobre la caducidad o la terminación, y, que el efecto de estas declaraciones sea el que deba proceder a la liquidación del contrato (lo que sí puede hacer la administración), y otra muy distinta afirmar que ese efecto comporte que el contratista debe pagar determinada suma en que la administración estima perjuicios causados con el incumplimiento o lo que el contratista sale a deberle por la liquidación del contrato.

CONTRATO ADMINISTRATIVO-Régimen Aplicable/ **LEY EN EL TIEMPO/ IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY/ TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO**

Los contratos celebrados con anterioridad a la fecha de vigencia del Decreto Ley 222 de 1983 continuarán regidos por las leyes vigentes al momento de su celebración y, por ende, a ellos no les son aplicables los "nuevos principios jurídicos" de terminación, interpretación y modificación unilaterales por parte de la administración. Por el contrario, tales "nuevos principios jurídicos" se entienden incorporados, aun sin estipulación expresa que así lo diga, a los contratos que se celebren con posterioridad al dos de febrero de 1983, fecha de vigencia del Decreto Ley 222 de 1983.

ANULACION DE LAUDO ARBITRAL-Causales/ **LAUDO EXTRA PETITA/ LAUDO ULTRA PETITA**

La causal octava alegada (haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido en él más de lo pedido) viene a ser sustancialmente igual a la causal segunda de casación, contemplada en el artículo 368 del C. de P.C. La corte Suprema de Justicia ha señalado que esta causal tiene aplicación cuando se presenta cualquiera de las siguientes hipótesis: a) Cuando la sentencia decide más allá de lo pedido (ultra petita), b) Cuando en el fallo se ha decidido sobre puntos no sometidos al litigio (extra petita), y c) Cuando la sentencia omite pronunciarse sobre alguna de las pretenciones contenidas en la demanda o sobre las excepciones propuestas por el demandado (mínimo o citra petita). En los últimos tiempos ha precisado la jurisprudencia que también se presenta incongruencia cuando se decide con base en "causa petendi" distinta a la invocada por las partes. En el sub-lite, acertado o no el laudo, en cuanto a sus determinaciones, cierto es que se ajustó genéricamente a la materia arbitral enunciada por las partes.

LUCRO CESANTE-Improcedencia/ **CLAUSULA LIMITATIVA DE RESPONSABILIDAD/ TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO/ COMPETENCIA/ CLAUSULA ARBITRAL/ CLAUSULA DE COMPROMISO**

Al regular taxativamente las partes el tema de las prestaciones originadas por la terminación anticipada del negocio y no incluir expresamente el concepto de lucro cesante, de que se vió privado el consorcio por la no prosecución del plazo inicial convenido, se impone concluir que fue voluntad excluir de la indemnización dicho rubro. En síntesis, la cláusula 2.55 constituye, por este aspecto, una de las llamadas "limitativas de responsabilidad", que no contrarían el derecho público, ni el orden público, ni las buenas costumbres, está llamada a cumplir el propósito que tuvieron sus autores cuando la concibieron. Las partes se autolimitaron los temas que se someterían a solución arbitral y, por lo mismo, al querer

extender la competencia arbitral al rubro "lucro cesante", desbordaron el marco de la cláusula arbitral, sin facultad para entonces, pues es bien sabido que la estipulación arbitral como accesoria a un contrato debe convenirse en toda su dimensión antes de que surja el conflicto: otra es la situación y el mecanismo que la ley brinda para cuando ya se conocen las diferencias surgidas entre las partes, mediante el contrato de compromiso.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Tercera.- Santafé de Bogotá D.C., quince de mayo de mil novecientos noventa y dos.

Consejero ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández*

Referencia: Expediente No 5326. Naturaleza: Anulación de laudo Arbitral. Actor: "CARBONES DE COLOMBIA S.A. CARBOCOL". Vs. CONSORCIO DOMI PRODECO - AUXINI

Decide la Sala el recurso de anulación interpuesto por "CARBONES DE COLOMBIA S.A. CARBOCOL", contra Laudo Arbitral proferido el cuatro (4) de marzo de mil novecientos ochenta y ocho (1988) por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias suscitadas entre las sociedades "Desarrollo de Operaciones Mineras, DOMI", "C.I. PRODECO Productos de Colombia S.A." y "Empresa Auxiliar de la Industria AUXINI S.A.", consorciadas entre sí, de una parte y, de la otra, "Carbones de Colombia S.A.- CARBOCOL", cuya parte resolutiva es del siguiente tenor:

"PRIMERO: Declárase que es válida y eficaz la cláusula distinguida con el número 2.55 Parte 2 -CONDICIONES GENERALES del contrato celebrado entre el consorcio DOMI PRODECO AUXINI y CARBONES DE COLOMBIA S.A. CARBOCOL, contenido en la escritura pública número 3.458 de 17 de julio de 1981, otorgada en la Notaría Segunda de Bogotá.

"SEGUNDO: declárase que por la aplicación que hizo CARBONES DE COLOMBIA S.A. CARBOCOL de la citada cláusula perjuicios al Consorcio DOMI PRODECO AUXINI, que debe indemnizarle.

"TERCERO: Como consecuencia de lo resuelto en el numeral anterior, condénese a la empresa industrial y comercial del Estado, CARBONES DE COLOMBIA S.A. CARBOCOL, a pagar en Bogotá D.E. al Consorcio DOMI PRODECO AUXINI, por intermedio de su apoderado general señor Antonio Arciniega del Cerro, las siguientes cantidades de dinero, por los conceptos que respecto de cada una se expresan, a saber:

"1) Por concepto de reparación del daño emergente causado por los gastos denominados de Primer Establecimiento, la cantidad de TRESCIENTOS SESENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y TRES MIL CIENTO CINCUENTA PESOS ($369.633.150).

"2) Por concepto de reparación del daño emergente causado por los gastos no reembolsados en que incurrió el Consorcio en los períodos comprendidos desde la iniciación del contrato hasta el 31 de julio de 1987, la cantidad de SEIS MIL SETECIENTOS TREINTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL CIENTO NOVENTA PESOS ($6.732.856.190).

"3) Por concepto de reparación del daño emergente causado por razón de vigilancia con posterioridad a la terminación del contrato la cantidad de SESENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS VEINTIUN PESOS ($63.862.621).

"4) Por concepto de indeminización de lucro cesante causado durante el transcurso del tercer año minero, la cantidad de TRESCIENTOS OCHO MILLONES NOVECIENTOS TREINTA MIL QUINIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS ($308.930.598).

"5) Por concepto de indemnización del lucro cesante causado por el período comprendido entre el 1o de septiembre de 1985 hasta la terminación normal pactada en el contrato la cantidad de TRES MIL SEISCIENTOS SESENTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS ($3.668.800.000).

"CUARTO: Deniéganse las demás pretensiones del Consorcio DOMI PRODECO AUXINI, a que se refieren los documentos del 13 de marzo de 1987.

"QUINTO: CARBONES DE COLOMBIA S.A. CARBOCOL, le dará cumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 176 del código Contencioso Administrativo.

"SEXTO: Para los efectos previstos en el Artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, remítase copia de este laudo, con constancia de su ejecutoria al Presidente de CARBONES DE COLOMBIA S.A. CARBOCOL y al Procurador General de la Nación.

"SEPTIMO: Condénase a CARBONES DE COLOMBIA S.A. CARBOCOL, en el 80% de las costas del proceso arbitral. Las Agencias en Derecho las estima el Tribunal en TREINTA MILLONES DE PESOS ($30.000.000). La liquidación general de las costas es la siguiente:

"- Honorarios y gastos del Tribunal de Arbitramento	$113.176.450
- Agencias en Derecho	$ 30.000.000
TOTAL	$ 143.179.450
Proporción del 80%	$ 114.543.560"

(fls. 114 a 116 del Laudo Arbitral).

OBJETO DEL RECURSO

Expresa el señor apoderado de "CARBOCOL" en su escrito de sustentación (fls 20 a 94, C. 1) que el recurso, "...persigue que el H. Consejo de Estado, con fundamento en las causales previstas en los numerales 7,8, y 9 del artículo 672 del Código de Procedimiento Civil, y cuya incidencia en el laudo recurrido se demostrará ampliamente en este escrito, corrija dicho fallo, anulando todas y cada una de las condenas allí impuestas a CARBONES DE COLOMBIA S.A. CARBOCOL y rechazando, en consecuencia, todas y cada una de las pretenciones formuladas por el Consorcio DOMI-PROCENDO-AUXINI en el Acta de Desarrollo de la Cláusula Compromisoria y en el Convenio celebrado entre las partes que constan en los documentos privados de fecha 13 de marzo de 1987". (fl. 22 c. 1).

Luego de narrar los antecedentes que condujeron a CARBOCOL y al Consorcio a suscribir los documentos de fecha 13 de marzo de 1987 (convenio sobre la intención de someter a la decisión de un Tribunal de Arbitramento las diferencias no solucionadas directamente por las partes, y Acta de Desarrollo de la Cláusula compromisoria pactada en el contrato contenido en la Escritura Pública No 3458 de 17 de julio de 1981 de la Notaria Segunda del Círculo de Bogotá, el recurrente analiza pormenorizadamente el laudo arbitral impugnado y el salvamento de voto suscrito por el árbitro Dr. Gustavo Humberto Rodríguez, para adelantarse luego en prolija exposición de las causales en que fundamenta el recurso y la demostración de los cargos que formula contra la providencia arbitral objeto del mismo. A ellos se referirá la Sala mas adelante, al examinar cada uno de los aludidos cargos.

Recapitula el recurrente los reparos que le merece el laudo, así:

"Primero.- Dentro de la tesis de que la cláusula 2.55 es aplicación de los principios que gobiernan la terminación unilateral de los contratos administrativos, el Tribunal falló sobre materias que no estaban ni podían estar sometidos a su decisión, según lo prevé el Artículo 76 del Decreto 222 de 1983.

"Segundo.- Como la petición b.3 que el Tribunal consideró llamada a prosperar, no incluída la indemnización del daño emergente y el lucro cesante, alegados por el Consorcio, también al efectuar las condenas respectivas los árbitros fallaron sobre puntos no sujetos a su decisión.

"Tercero.- Idéntica consecuencia se sigue del hecho de que los árbitros hayan incluído entre las condenas a cargo de CARBOCOL, costos o gastos que no quedaron comprendidos ni fueron mencionados en la reclamación que el Consorcio presentó en septiembre de 1985 y que puesto en marcha el procedimiento para fijar las diferencias que se someterían al Tribunal y la indexación de las partidas que correspondían al daño emergente y al lucro cesante, puesto que la pretensión b.3 no contempla estos aspectos, sino el cumplimiento en naturaleza de una obligación impuesta por el Artículo 2056 del Código Civil.

"*Cuarto.*- El laudo concede más de lo pedido por el Consorcio, porque condenó a CARBOCOL a pagarle más de lo que había solicitado en su reclamación de septiembre de 1985, por concepto de los denominados gastos de primer establecimiento.

"*Quinto.*- El laudo contiene disposiciones contradictorias porque después de declarar válida y eficaz la Cláusula 2.55 del contrato, la deja sin efecto y regula la situación como lo habría hecho si ella no se hubiera pactado, dando aplicación preferente a una disposición del Código Civil sólo válida para los contratos de obra en los cuales se estipula un precio único y total, no obstante reconocer en la forma como impone las condenas, que se trataba de un contrato de ejecución sucesiva que fijaba el precio de la explotación confiada al Consorcio, en consideración al asignado a cada tonelada extraída.

"*Sexto.*- El Tribunal incurrió en incongruencia cuando condenó al pago de las sumas señaladas como valores del daño emergente y del lucro cesante, porque simultaneamente, reconoció que el Consorcio experimentaba cuantiosas pérdidas derivadas de los contratos celebrados con Domi y afirmó de otra parte, que había obtenido utilidades, sin hacer, como debía, el balace entre ingresos y egresos; y porque incluyó entre las cifras correspondientes al reembolso de los pretendidos gastos del Consorcio, la cantidad que se le había pagado, como precio de la maquinaria y, además, contra su decisión de acceder al pago de la cantidad deducida por concepto de saldos insoluto del anticipo, incluyó un valor entre los mismos gastos que ordenó reembolsar.

"*Séptimo.*- Se contradijo el Tribunal en su fallo cuando pretendiendo dar aplicación al Artículo 2056 del Código Civil y después de dejar sentado en la parte motiva que dicho precepto se contraía a los costos causados durante el tiempo de ejecución del contrato, extendió su reconocimiento más allá del 31 de agosto de 1985 y cuando tomó como gastos o costos financieros del Consorcio aquellos que, según la abundante prueba suministrada por éste, eran laborales causadas con posterioridad a la terminación del contrato y, en cambio. dispuso que se reconociera el valor de los de vigilancia y cuando aceptó los cálculos también contradictorios hechos por los Peritos Financieros para fijar la hipotética utilidad que el Consorcio había obtenido si no se hubiera puesto término anticipado al contrato.

"*Octavo.*- En fin, cuando quiso determinar el número total de toneladas que se explotarían en los últimos cinco meses del tercer año, de acuerdo con el respectivo Plan de Minería y con los certificados provisionales de producción, el Tribunal incurrió en errores aritméticos derivados de que pretendió, contra lo dicho en esos documentos, que el llamado carbón destapado existente al principio del año, no podía contabilizarse dentro de la producción de dicho año y porque, además, se equivocó en cuanto al total que se preveía en el Plan y dejó de deducir las 18.000 toneladas que fueron explotadas en el mes de agosto de 1985, llegando a establecer el supuesto lucro cesante de este período, en cifra

que tampoco tuvo en cuenta las pérdidas acumuladas hasta el 31 de marzo de 1985". (fls. 90 a 93 Cdno 1).

Finaliza el extenso escrito sustentatorio del recurso que ocupa ahora la atención de la Sala, con el siguiente acápite:

"VII - LAS CORRECCIONES SOLICITADAS:

"En atención a las razones largamente expuestas en los capítulos anteriores y teniendo en cuenta que la validez y la eficacia de la Cláusula 2.55 incorpora al contrato, implican su reconocimiento como la estipulación de una condición potestativa, pactada dentro de un contrato de ejcución sucesiva o, según se expresa en el fallo, de un convenio sobre terminación unilateral igualmente válido que forma parte no de uno de obra sino específico de explotación minera de carbón, deberá corregirse el laudo para negar todas y cada una de las pretensiones formuladas por el Consorcio y reconocer, en cambio, que CARBOCOL ajustó su conducta estrictamente a lo que preveía el contrato para el evento de la terminación anticipada.

"Además, como resultado de la negativa a las pretensiones del Consorcio deberá también corregirse el numeral SEPTIMO de la parte resolutiva en cuanto hizo condenación en costas a cargo de CARBOCOL, para, en su lugar, hacerla al consorcio por las costas tanto del proceso arbitral como del presente recurso. Así lo solicito.

"De esta manera, se restablecerá el imperio del Derecho y se frustrará la intención de convertir el contrato celebrado entre las partes, en la ocasión, siempre perseguida desde la Conquista, de hallar los tesoros del El Dorado en nuestras tierras, intención que pone de manifiesto el hecho advertido y comprobado por los Peritos Contables, de que el Consorcio no hizo inversión alguna de recursos propios en el desarrollo de los trabajos que se le encomendaron". (fl. 93 Cdno 1).

REPLICA DEL CONSORCIO DOMI-PRODECO-AUXINI

Oportunamente el señor apoderado del consorcio "Domi-Prodeco-Auxini" descorrió el traslado que le fuera conferido y en no menos extenso escrito que aparece a fls. 115 a 166 del cuaderno principal expuso sus puntos de vista, para replicar el recurso de anulación interpuesto y sustentado por "Carbocol". La Sala se referirá a los planteamientos del Consorcio opositor a medida que avance en el examen de cada uno de los cargos enrostrados por el impugnante al laudo arbitral.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

A folios 169 y siguientes del cuaderno principal obra la vista de fondo de la señora Fiscal Segunda de esta Corporación, quien advierte que conceptúa en virtud de la autorización que el Decreto-ley 01 de 1984 otorga al Ministerio Público para

intervenir, a su arbitrio, en los procesos que se ventilen ante esta Corporación. La vista fiscal será objeto de ulterior análisis.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1a. Es competente esta Corporación para conocer del recurso propuesto y decidirlo, a la luz de lo dispuesto tanto por la normatividad vigente cuando se interpuso el recurso (Decreto-Ley 01 de 1984, art. 128, num 12.), como a la de las disposiciones que rigen en la fecha de esta providencia (Decreto-Ley 2304 de 1989, artículo 20, Decreto 2279 de 1989, Ley 23 de 1991 y Decreto 2651 de 1991).

2a. Diecisiete (17) son los cargos que el recurrente enrostra al laudo impugnado, los cuales agrupa en tres (3) rubros así:

"A. Con respecto a la naturaleza jurídica del contrato celebrado por las partes;
"B. En lo referente a la aplicación de la Cláusula 2.55 del Contrato; y,
"C. En lo relacionado con los fundamentos de la reclamación del Consorcio.

Cinco (5) de ellos, los enlistados bajo las letras A,B,C,D y E del capítulo VI del escrito de sustentación del recurso de anulación, vienen estructurados con apoyo en la causal 8a. del original art. 672 del C. de P.C. ("Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los de los árbitros o haberse concedido en él más de lo pedido"); once (11) - los enumerandos como A.1, B.1,C.1,D.1,E.1,F.1,G.1,H.1, I.1,J.1, y K.1, se montan sobre la causal 7a. del citado precepto ("Contener la parte resolutiva del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias") y uno (1), el del apartado 3 del Capítulo VI, se desarrolla con base en la causal,9a. del aludido artículo 672 ("Haberse omitido en la resolución cuestiones sujetas al arbitramento").

3a. La Sala procederá a desatar el recurso de anulación sub examine, con arreglo al siguiente plan: expondrá inicialmente los antecedentes principales de la controversia suscitada entre "Carbocol" y el Consorcio "Domi-Prodenco-Auxini" que llevaron a la constitución del Tribunal de Arbitramento que profirió el Laudo impugnado (Capítulo I); seguidamente formulará consideraciones de carácter general acerca de la naturaleza jurídica del recurso de anulación de laudos arbitrales (Capítulo II); posteriormente examinará, a espacio, el concepto de fondo emitido por la señora Agente del Ministerio Público ante esta Corporación (Capítulo III); luego presentará sinopsis de las condenaciones efectuadas en el laudo contra "Carbocol" y en favor del consorcio "Domi-Prodeco-Auxini" (Capítulo IV); en seguida se adentrará en el análisis de cada uno de los cargos formulados por el impugnante y la réplica del consorcio opositor (Capítulo V); antes de concluir y resolver el recurso, habrá un aparte destinado a "observaciones finales" que la Sala entiende de alguna utilidad por contener críticas a las situaciones puestas a su consideración (Capítulo VI); para deducir, finalmente, las conclusiones del caso y emitir fallo definitivo (Capítulo VII).

CAPITULO I
ANTECEDENTES:

Los presenta así la doctora Edné Cohen Daza, Fiscal Segunda de esta Corporación, en su concepto obrante a folios 169 y siguientes:

"Las partes (...) celebraron en julio 17 de 1981 un contrato de explotación de carbón de las minas del Cerrejón Zona Central. Se pactó igualmente la ejecución por parte del Consorcio de la construcción de las obras que constituían toda la infraestructura necesaria para realizar el objeto principal del contrato; a estas obras de construcción se les denominó en el contrato 'Trabajos Relacionados'.

"Los términos y condiciones del contrato están contenidos en varios documentos que incluyen, además de trece cláusulas acordadas por las partes, dos grupos de anexos, a saber:

"a) Cuatro anexos, elaborados por Carbocol, que reproducen sin modificaciones los capítulos correspondientes del pliego de cargos y contiene las instrucciones impartidas a los proponentes por Carbocol (1.1 a 1.26), las condiciones generales (2.1 a 2.70) y especiales (3.1 a 3.20) del contrato, y la descripción del proyecto (pag. 35 a 40).

"b) Un anexo formado por los documentos que constituyen la propuesta del Consorcio formado por: la carta de presentación (pag. 42 y 43), la lista de precios (pag. 43) y sus anexos (Pág 44 a 51), la información de la propuesta (Pág 51 a 68) y dos capítulos de información: 4.1 Plan de minería y 4.2 Trabajos relacionados.

"Entre los dos grupos de anexos se incertó un cuadro que presenta el programa de desarrollo del proyecto.

"En la cláusula segunda se expresó que las condiciones del contrato son las contenidas en los documentos que se han enumerado 'y cuyo texto forma parte integrante' del contrato.

"Su objeto es 'la explotación técnica por parte del contratista de diez millones de toneladas de carbón de la mina El Cerrejón situado en el Municipio de Barrancas (Guajira). En el objeto se incluyen las obras denominadas: Trabajos Relacionados', que son las obras y construcciones que constituyen la infraestructura de la mina.

"Los trabajos de minería encomendados al Consorcio para la extracción del carbón descritos en el capítulo de especificaciones'.

"El precio pactado, de acuerdo con la alternativa escogida por Carbocol, tiene dos componentes: un precio unitario por cada tonelada de carbón y una suma

global por cada uno de los elementos que en conjunto constituyen los trabajos relacionados. Los precios son los que se indican en la carta de presentación de la propuesta (pág. 42) y se discriminan en la lista de precios.

"Se establecieron así mismo las condiciones de pago.

"El precio del contrato se cancelaría mensualmente sobre las cantidades de carbón efectivamente entregadas; en cuanto a los trabajos relacionados, se pactaron treinta y seis contados iguales.

"El contratista recibió un anticipo equivalente a ocho millones de dólares que podía aplicar a la adquisición del equipo de minería o a otros fines relacionados con la ejecución del contrato.

"El término de duración era el que resultara del programa de las obras acordado por las partes y consignando en el cuadro que aparece a la página 41 del contrato. Ese programa contempla una primera entrega de 300.000 toneladas en el período comprendido entre el 1o de septiembre de 1982 y el 1o de septiembre de 1983 y el apilamiento en esa fecha de 49.000 toneladas; la entrega de 700.000 en el período comprendido entre el 1o de septiembre de 1983 y el 1o de septiembre de 1984; y, el apilamiento en esa última fecha de 100.000 toneladas. A partir del 1o de septiembre de 1985, el programa contemplaba la entrega de 1`500.000 toneladas en cada año, a razón de 125.000 toneladas por mes, en seis períodos anuales, el último de los cuales debía concluir el 1o de septiembre de 1990, que era la fecha final prevista para la terminación del contrato, quedando apiladas 100.000 toneladas de carbón.

"Terminación anticipada del contrato:

"Carbocol se reservó el derecho de terminar unilateralmente el contrato en las cláusulas que contemplan situaciones distintas.

"En la cláusula 2.55 de las Condiciones Generales de la licitación, Carbocol estipuló que podría dar por terminado el contrato 'avisando al contratista con una semana de anticipación. En este caso Carbocol no tiene que motivar su determinación' pero, al tenor de la misma cláusula, 'pagará todo el trabajo ejecutado con anterioridad a la fecha de terminación', incluyendo los pagos que allí se determinan.

"El parágrafo 2.61 establece una segunda causal de terminación del contrato fundada en diversos hechos o eventos que configuran un incumplimiento del contrato.

Esta Cláusula, designada con el título de 'Incumplimiento del Contrato' se asemeja a la que comúnmente se conoce con el nombre de 'cláusula de caducidad'.

"Las partes establecieron un procedimiento para la cancelación de controversias en la cláusula 2.67, que prevé la posibilidad de acudir al arbitramento como última instancia para resolver las diferencias que surgieren entre las partes respecto de la interpretación o del incumplimiento de cualquiera de sus cláusulas.

"Para dar comienzo a la ejecución del contrato, el Consorcio presentó a Carbocol en septiembre 25 de 1981 el plan de minería y de trabajos relacionados.

"Sobre el desarrollo del objeto del contrato, los diferentes problemas que surgieron, los logros obtenidos etc., aparece abundante documentación entre los anexos y en especial en el Volumen 2 de plástico negro.

"Debido a diferentes y múltiples circunstancias, el proyecto del Cerrejón Central no dió los resultados económicos esperados y fue así como la empresa Carbocol encargó la elaboración de un estudio sobre el problema y las soluciones que se podrían dar al mismo, incluyendo la posibilidad de suspensión de las actividades.

"En los muchos documentos que fueron anexados aparece el estudio a que se ha hecho referencia (ver cuaderno argollado identificado como Documentos X).
"Considerando lo anterior y después de múltiples reuniones para tratar de solucionar el problema, la Junta Directiva de la Empresa en sesión de febrero 22 de 1985, *tomó la decisión de terminar el contrato de explotación suscrito con el Consorcio, haciendo uso de la cláusula 2.55 del contrato sobre terminación unilateral.* (subrayas fuera del texto).

"Dando cumplimiento a la decisión de la Junta Directiva, el Gerente de la Empresa Carbocol, expuso en marzo 13 de 1985:

"'En ejercicio del derecho estipulado en la Cláusula 2.55 del Contrato suscrito entre CARBOCOL y ese Consorcio el día 17 de julio de 1981, y en cumplimiento de instrucciones impartidas por la Junta Directiva de la Empresa, me permito comunicarles que CARBOCOL ha decidido dar por terminado el mencionado contrato a partir del día 1o de septiembre de 1985.

" ' Como consecuencia de lo anterior les solicito la designación de la persona o personas para que conjuntamente con el Interventor y las personas designadas por CARBOCOL, procedan de inmediato a adelantar las labores de liquidación de acuerdo con las condiciones y estipulaciones contenidas en el contrato, labor que se deberá desarrollar durante el lapso comprendido desde la fecha de esta comunicación hasta el dia 31 de Agosto, fecha esta última, en la cual CARBOCOL, procederá a recibir el área, instalaciones, equipos etc.

" ' Para los efectos previstos en la presente comunicación, durante los meses de marzo, abril y mayo deberá el Consorcio extraer y procesar todo el carbón

que ha sido descapotado y cuyo volumen asciende aproximadamente a 420.000 teneladas.

" ' Durante los meses de junio, julio y agosto su labor deberá estar circunscrita a procesar y cargar la totalidad del mineral extraído, con el fin de que los patios de almacenamiento queden totalmente vacíos al concluir el mes de agosto'.
" 'Tomada la anterior decisión y comunicada al Consorcio, se procedió a realizar las labores para la liquidación del contrato.

" El consorcio con fecha 27 de septiembre de 1985 presentó a la Empresa Carbocol una primera reclamación cuantificada sobre ciertos pagos que a su entender debía realizar Carbocol para compensarle algunos gastos e inversiones ya realizados y reclamó igualmente los perjuicios causados como consecuencia de la terminación unilateral del contrato. Más adelante el Consorcio complementó esta primera reclamación con otras peticiones.

" ' Carbocol por su parte no aceptó las reclamaciones que le formuló el Consorcio, lo que hizo necesario adelantar los trámites previstos en la cláusula 2.67 del contrato, en casos de controversias.

"Dando cumplimiento a lo previsto en la mencionada cláusula contractual, el Consorcio envió al Interventor la copia de las reclamaciones presentadas inicialmente a Carbocol. En comunicación de fecha 31 de julio de 1986 el Interventor se refirió a cada una de las reclamaciones (volumen 3 carpeta negra).

"El paso siguiente fue someter las diferencias a la decisión de un Tribunal de Arbitramento, para lo cual las partes contratantes elaboraron la correspondiente Acta de desarrollo de la cláusula compromisoria, en la cual señalaron las diferencias y pretensiones de las partes que sometían al Tribunal de Arbitramento (ver Acta al fl. 30 carpeta rotulada paquete No 5).

"*En el punto específico de Pretenciones se estableció:*

" ' El Tribunal deberá decidir sobre la validez y, en general, la eficacia de la cláusula 2.55 del Contrato...'

"Las peticiones que continúan son variantes de la primera, en el sentido de solicitar la indemnización de los perjuicios en el supuesto de que el Tribunal declare nula o ineficaz la mencionada cláusula; o solicitar el reembolso de todos los costos y el pago de lo que hubiera podido ganar el Consorcio en la realización de los trabajos.

"Subsidiariamente solicita también el Consorcio, que en el supuesto de declarar que la cláusula 2.55 del contrato es válida o eficaz, se establezca si Carbocol al aplicarla abusó de sus derechos, o si se dieron o no las circunstancias o motivos que justificaban su aplicación.

"En últimas y con el fin de mantener o restablecer el equilibrio financiero del contrato, el Consorcio reclama, también en forma subsidiaria, el pago de las sumas de dinero que se acrediten dentro del trámite del arbitramento; o que el Tribunal establezca si las cuantías y conceptos contenidos en la reclamación que presentó el Consorcio a Carbocol el dia 27 septiembre de 1985 deben serle reconocidos y pagados.

"Para concluir, el Consorcio solicita del Tribunal que se pronuncie sobre el incumplimiento por parte de Carbocol a sus obligaciones legales y contractuales, y que se pronuncie igualmente, sobre si en el presente caso existió un enriquecimiento sin causa a favor de Carbocol".

CAPITULO II

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DEL RECURSO DE ANULACION DE LAUDOS ARBITRALES

PRIMERA.- Sobre las características que distinguen el recurso de que se trata, expresó la Sección Tercera del Consejo lo siguiente:

"1a. Su 'objeto' lo fija exclusivamente el recurrente, dentro del marco de causales taxativamente consagradas en la ley;

"2a. A través de él no se adquiere competencia para revisar el aspecto sustancial del laudo, '...es decir, si hubo o no errores *IN JUDICANDO* diferentes de los que se puntualizan en las tres últimas causales, y tampoco para revisar el aspecto probatorio, es decir, si hubo o no errores de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas', como lo enseña el procesalista doctor Hernando Davis Echandía, quien además agrega: '... a diferencia del de casación no es posible atacar la sentencia por errores en la aplicación de la ley sustancial, tanto por vía directa (falta de aplicación, indebida aplicación e interpretación errónea), como consecuencia indirecta de errores en la apreciación de las pruebas o por falta de apreciación de éstas', por lo cual concluye que 'ES MAS RESTRINGIDO AUN QUE EL PRIMERO'. (Compendio de derecho Procesal. Tomo III, El Proceso Civil. Volumen segundo. Parte Especial. Sexta Edición. Editorial Colinther, Bogotá, 1985, pág 832)..

"3a. La filosofía jurídica anterior explica bien que la cuestión de mérito no puede tener sino una sentencia. *'Desde que se habla de anulación se excluye la posibilidad de una segunda instancia, porque no se trata de examinar la cuestión de fondo, sino la regularidad formal a través de las causales del artículo 672, aunque la primera dependa del acto compromisorio'* (Hernando Morales Molina, Artículo publicado en Derecho Colombiano, junio de 1977) (Subrayas fuera de texto).

"4a. Las causales deben ser alegadas como principales y no en forma condicional o sucesiva, lo que explica que con la misma orientación deben ser estudiadas;

"5a. A través del recurso se impugna una providencia ejecutoriada, '... de modo que se origina en una acción bien distinta de la que determina el proceso arbitral mismo' (Hernando Morales, Artículo en antes citado). (Sentencia de 28 de mayo de 1987; Impugnante: Instituto Colombiano de Energía Eléctrica 'ICEL'; 'ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO' Tomo CXII, números 493-494, Primer Semestre de 1987, Vol. II, pág 1993 y siguientes).

SEGUNDA.- A lo dicho entonces, cabe agregar ahora lo siguiente, para determinar la naturaleza jurídica del recurso de que se trata:

a) El recurso de anulación de laudos ataca la decisión arbitral por errores *in procedendo* en que haya podido incurrir el Tribunal de Arbitramento, y excluye de su órbita los errores *in judicando*, lo cual implica que no puede impugnarse el laudo en cuanto a cuestiones de mérito. Por ello carecen de técnica los cargos formulados contra un laudo, que tiendan a establecer si el tribunal arbitral obró o no conforme al derecho sustancial al resolver sobre las pretensiones propuestas.

b) A través de los cargos que se formulen contra el laudo, dentro de los precisos y estrictos límites que imponían las taxativas causales del recurso, previstas por el derogado artículo 672 del C. de P.C., y hoy por el art. 38 del Decreto 2279 de 1989, ha de pretenderse la información del laudo (*judicium rescindens),* sin que la decisión que adopte el juez del recurso pueda reemplazar o sustituir la que pronunció el Tribunal de Arbitramento (*judicium rescisorium),* como acontece, por ejemplo, con el recurso de apelación. Se exceptúa de lo anterior, como lo anota MORALES MOLINA. la causal 9a del derogado art. 672 del C. de P.C., hoy causales de los numerales 7 a 9 del art. 38 del Decreto 2279 de 1989, *en cuyo caso incumbe al juez de la anulación salvar las contradicciones o colmar la laguna dejada por el Tribunal de Arbitramento* (crf. Hernando Morales: "Estudios de derecho" Ediciones Rosaristas. Bogotá, 1982, p. 237). De ahí que el penúltimo inciso del art. 672 citado hubiera previsto que en caso de hallarse próspera una de las causales 1a a 6a., se debería decretar "*la nulidad de lo actuado*"; en tanto que si se encontrase fundada una de las causales 7a a 9a., ambas inclusive, "se *corregirá o adicionará"* el laudo arbitral. Eso mismo prescribe el art. 40, inciso segundo del Decreto 2279 de 1989, que hoy rige la materia, al establecer que "cuando prospere cualquiera de las causales señaladas en los numerales 1,2,3,4,5 y 6 del artículo 38 de este Decreto, declarará la nulidad del laudo. En los demás casos se corregirá o adicionará".

c) Los poderes del Juez de recurso de anulación están limitados por el llamado "*principio dispositivo",* conforme al cual es el recurrente quien delimita, con la formulación y sustentación del recurso, el objeto que con él se persigue y ello, obviamente, dentro de las precisas causales que la ley consagra. No debe olvidarse, a este propósito, que el recurso de anulación de que se trata, procede contra laudos

arbitrales debidamente ejecutoriados (C.P.C., 6722, inc 1o., reemplazado por el art. 37 del Decreto 2279 de 1989), lo cual envuelve una excepción legal al principio de la intangibilidad de las decisiones firmes pasadas con fuerza ejecutoria. *Tal excepcionalidad es pues, a la vez, fundamento y límite de los poderes del juez de la anulación, para enmarcar rígidamente al susodicho recurso extraordinario dentro del concepto de los eminentemente "rogados".*

Con base en tales apreciaciones la Sala evocará, en el Capítulo V de estas consideraciones, el examen de cada uno de los cargos endilgados al laudo impugnado, los cuales toman apoyo, unicamente -según ya se dijo- en las causales 7a, 8a, y 9a., del sustituído artículo 672 de C. de C.P. que, bueno es recordarlo, no dan lugar a declaratoria de nulidad alguna sino que, de encontrarse prósperas, abrirían paso *a la corrección o a la adición del laudo.* Vale advertir, así mismo, que las anteriores premisas fundamentales de esta sentencia serán materia de reiteración o de ampliación, si tal fuere el caso, a medida que se analicen los diferentes cargos que el impugnante enrostra al laudo. (Capítulo V de las presentes consideraciones).

CAPITULO III

EL CONCEPTO DE FONDO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Fiscal Segunda de la Corporación en su visita de fondo rememora los principales antecedentes que llevaron al pronunciamiento del laudo impugnado y, comienza por formular las que denomina "observaciones preliminares" en relación con la competencia del Tribunal de Arbitramento, para conocer y decidir la materia a él sometida. Sobre ese particular y partiendo de la premisa de que el contrato de explotación de carbón que vinculó a CARBOCOL con el Consorcio DOMI-PRODECO-AUXINI era de naturaleza administrativa, discurre en la forma que a continuación resume la Sala así:

1) Cuando la administración utiliza sus privilegios, los que en materia de contratación administrativa se concretan en las llamadas "cláusulas exorbitantes", como la decisión de dar por terminada en forma unilateral una relación contractual, expide un acto administrativo. La decisión adoptada por la Junta Directiva de CARBOCOL en su sesión del 22 de febrero de 1985 (Acta No 158), en el sentido de dar por terminado en contrato entonces existente entre esa entidad y el Consorcio, no obstante la ausencia de formato especial, constituyó un verdadero acto administrativo que le fue comunicado al Consorcio contratista mediante oficio de fecha 13 de marzo de 1985. Esa determinación unilateral de CARBOCOL "fue admitida" por parte del consorcio quien se dedicó a preparar toda una serie de documentos para efecto de realizar la liquidación del contrato. Fue precisamente en relación con los efectos del acto administrativo que surgió el problema, *al considerar el Consorcio que la Empresa debía reconocerle una serie de gastos y pagarle diferentes sumas de dinero por diversos conceptos, que no estaban incluídos en la cláusula 2.55 del contrato.*

2) El artículo 193 de la anterior Constitución Política atribuía exclusivamente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo "el juzgamietno de los actos administrativos, hasta el extremo de que la declaración de su ilegalidad o de nulidad debe provenir del órgano competente" de dicha jurisdicción. Cosiguientemente, una vez expedido el acto administrativo de terminación unilateral en ejercicio de la cláusula 2.55 del contrato, "esa decisión subsiste mientras no sea suspendida o anulada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. "De otra parte, conforme al artículo 85 del Código Contencioso Administrativo adoptado mediante el Decreto número 1 de 1984, "si un acto administrativo adoptado infiere o desconoce un derecho o se causa un daño a una persona, para lograr restablecer el derecho y el reconocimiento y pago por los perjuicios, es indispensable pedir la nulidad del acto, que es la causa del perjuicio. En este orden de ideas si se considera que la decisión de Carbocol que puso término al contrato causó perjuicios al contratista particular, lo procedente es pedirle al órgano competente de la jurisdicción contencioso administrativa que declare nulo el acto y como consecuencia condene a la mencionada entidad a pagar los perjuicios. Pero esta indemnización tiene que ser dispuesta, por imperativo del art. 193 de la C.N. -la de 1886-, por el órgano competente de la jurisdicción contencioso administrativa, en modo alguno por un Tribunal de Arbitramento, que al hacerlo infringió el art. 193 de la C.N. y usurpó la competencia del órgano correspondiente".

3) Si el acto administrativo mediante el cual CARBOCOL dió por terminado unilateralmente el contrato no ha sido revocado, ni suspendido, ni anulado, subsiste como tal y está amparado por las presunciones de validez y legalidad. "En consecuencia, mal podía un Tribunal de Arbitramento sin competencia, condenar a Carbocol a pagarle perjuicios al contratista con fundamento en unas declaraciones que solo el juez contencioso administrativo, al anular el acto, podría decretar. En otros términos, si el acto administrativo que terminó el contrato subsiste y no ha sido objeto de ninguna clase de juzgamiento, no es posible condenar a la administración, a pagar perjuicios."

Agrega el concepto Fiscal, que la irregularidad es mas relevante en el presente caso, "porque el Tribunal de Arbitramento que se arrogó la facultad de juzgar la cláusula 2.55 del contrato, sin competencia para ello, la declaró válida y sin embargo condenó a Carbocol a pagar perjuicios *sin efectuar el juzgamiento del acto administrativo que dio por terminado el contrato, única manera posible de condenar en perjuicios a la entidad de derecho público."* (Las subrayas no son del texto).

Resulta antagónico este último planteamiento con los argumentos resumidos en el numeral 2, porque si según lo allí visto, sólo el órgano competente de la jurisdicción contencioso administrativa podía pronunciarse sobre la legalidad del supuesto acto administrativo proferido por la Junta Directiva de Carbocol, mediante la cual se dió por terminado el contrato con el Consorcio, conforme el art. 193 de la anterior Constitución, en virtud de qué norma o principio pudo adquirir competencia el Tribunal de Arbitramento para "efectuar el juzgamiento del acto administrativo" que terminó unilateralmente el contrato ?. O es la jurisdicción de lo contencioso

administrativo la *única competente* para juzgar la legalidad de los actos administrativos o no lo es. Si lo primero es cierto, como sin lugar a dudas lo es, cuál el fundamento válido para sostener que el Tribunal de Arbitramento que profirió el laudo impugnado ha debido entrar a juzgar el pretendido acto administrativo de terminación unilateral del contrato?

4) Cuando se integró el Tribunal de Arbitramento que profirió el laudo impugnado - agrega la Fiscal-, se encontraba vigente el art. 76 del decreto 222 de 1983 que excluye en forma expresa de la decisión arbitral las cláusulas que contengan los principios previstos en el Título IV de dicho decreto, entre los cuales se encuentra la terminación unilateral del contrato de acuerdo con lo previsto por el art. 19 ibídem. Esos dos artículos "son normas de orden público de inmediata y prevalente aplicación. Por lo que el Tribunal de Arbitramento no tenía competencia para juzgar como lo hizo la cláusula 2.55 de contrato. En consecuencia, no podía ocuparse en modo alguno de esta cláusula ni menos de sus efectos. Al haber procedido como lo hizo, el Tribunal de Arbitramento violó los mencionados artículos del Decreto Ley 222 de 1983 y, por consiguiente, su determinación está viciada de nulidad absoluta, al tenor de lo dispuesto por la Ley 50 de 1936 y los artículos 152 del C. de P.C. y 1523 del Código Civil".

5) En cuanto al acta de desarrollo de la cláusula compromisoria, abserva la colaboradora fiscal que, por definición, al trámite arbitral pueden someterse las diferencias entre el consorcio y Carbocol se refieren a los efectos de la terminación del contrato y están especificadas, concretamente, en la solicitud que el consorcio contratista hizo inicialmente a Carbocol y a la posterior adición, sin que en ninguna de ellas se hubiese cuestionado la legalidad o eficacia de la cláusula 2.55 del contrato; que ello no obstante, "en el acta de compromiso que delimitó la materia sobre la que debían decidir los árbitros, se contempló básicamente un solo punto que fue controvertido por las partes". De allí deduce la señora Fiscal que "la materia que se sometió a decisión arbitral fue diferente a la que dio origen a las diferencias entre las partes" y que también por este aspecto 'los árbitros carecían de competencia". *Concluye solicitando que el laudo que se estudia sea anulado en su totalidad.*

En concepto de fondo la señora del Ministerio Público ante esta Corporación, agrega: "*Sin embargo este despacho se permite hacer algunas otras consideraciones BASANDOSE EN EL ESTUDIO REALIZADO POR EL DOCTOR OSWALDO SEPULVEDA QUINTERO. ABOGADO ASESOR DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION.* " (Folio 183). (Sublineas y mayúsculas de la Sala). Y a continuación procede a transcribir apartes del aludido estudio.

La Sala no podrá tener en cuenta lo expresado por la Señora Fiscal del Consejo de Estado, con apoyo en el referido estudio del doctor Sepúlveda, ni el estudio mismo, obrante a folios 195 a 241 del cuaderno principal, por cuanto dicho escrito no formaba parte del expediente para cuando la doctora Edné Cohen Daza emitió su vista de fondo. El fue remitido a los integrantes de la Sección Tercera con nota suscrita por el entonces Procurador General de la Nación, doctor Horacio Serpa Uribe, con oficio número DP-709 de fecha 3 de octubre de 1988 (fl. 195, C, 1),

recibido el 7 de los propios mes y año, cuando habían vencido ya los términos para las alegaciones. Esa actuación, resulta inadmisible para la Sala, máxime si se tiene en cuenta que el Consejero conductor del proceso, en auto de fecha 10 de octubre de 1988, visible a folio 242 del cuaderno principal y que se halla ejecutoriado pues contra él no se interpuso recurso alguno, dispuso lo siguiente: "El anterior oficio No DP-709 del 3 de octubre en curso, suscrito por el señor Procurador General de la Nación y su anexo, recibidos en este Despacho el 7 del mismo mes, se agregarán por Secretaría al expediente para ser considerados en su oportunidad, *si a ello hubiere lugar en derecho*". (Destaca la Sala).

Ahora bien. En relación con los restantes planteamientos formulados por la señora Fiscal, la Sala considera pertinente hacer las siguientes observaciones:

1a.- No es admisible, dentro de la estricta técnica que caracteriza el recurso a estudio de la Sala que el Ministerio Público, sin haber sido constituido parte en la controversia arbitral, y sin haber incoado la anulación, *formule planteamientos nuevos y distintos a aquellos que el verdadero y único impugnante ha presentado en la sustentación del recurso.* de la misma manera que al opositor no le es dable formular consideraciones ajenas a los argumentos presentados por el recurrente. La actuación del ministerio Público, habida cuenta del principio dispositivo que informa la técnica propia del recurso de anulación y al cual se hizo referencia al comienzo de las consideraciones, está estrictamente delimitada por los cargos que el recurrente hubiere formulado y, por ende, la vista fiscal debe referirse exclusivamente a ellos, *sin que le sea permitido invocar causales o motivos de anulación diferentes a aquellos a los que el recurrente circunscribe su impugnación.* Admitir lo contrario equivaldría a aceptar, sin texto legal alguno que sirva de fundamento a esa conclusión, que para la interposición y sustentación del recurso de anulación de laudos arbitrales ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, existen dos oportunidades diferentes: una, la que consagraba el inciso 1o del original art. 672 del C. de P.C., hoy art. 39 del Decreto 2279 de 1989, para las partes; y otra, no dispuesta o contemplada en texto legal, para el Ministerio Público, el cual se extendería hasta el último día del término que se le conceda para rendir su concepto de fondo, solución desde todo punto de vista inadmisible, por ilegal puesto que implicaría el desquiciamiento del ordenamiento procedimental y del recurso extraordinario, con desconocimiento del debido proceso, del principio de igualdad de oportunidades, y del derecho de defensa del impugnante y del opositor.

2a. Los argumentos que expone la señora Fiscal son más propios de una alegación de instancia dentro de un proceso ordinario, en que se ventile una controversia respecto de un contrato administrativo o de derecho privado de la administración con cláusula de caducidad, llamado a concluir con una sentencia declaratoria, o de condena, que de un recurso excepcional, de derecho estricto, como lo es el de anulación de laudos arbitrales, donde el "*thema decidendum*", según quedó dicho, está circunscrito exclusivamente por los cargos que taxativamente el impugnante enrostra a una providencia ejecutoriada cuya información, corrección o adición se pretende.

3a. No debe perderse de vista, que el recurso de anulación se interpone contra una *providencia ejecutoriada,* el laudo arbitral; que esa providencia clausuró, con fuerza de cosa juzgada, un debate jurisdiccional que comienza, justamente, con la calificación que el Tribunal de Arbitramento debe hacer de su propia competencia; que admitida por el Tribunal esa competencia; a las partes impugnar dicha aceptación por medio del recurso que la ley permite interponer, si es que tal calificación se reputaba errada por alguna de ellas. Mas si ello no aconteció así y, por el contrario, la aceptación de su propia competencia por parte del Tribunal de Arbitramento no fue discutida oportunamente por las partes dentro del proceso arbitral, no es precisamente durante el recurso de anulación del laudo la oportunidad idónea para abrir la discusión de un tema ya clausurado y, menos aún, a instancia de quien no ostenta la calidad de parte en el recurso de anulación, sino por quien dictamina haciendo uso de una atribución que la propia señora Fiscal considera *facultativa,* que no obligatoria. (Folio 175). Basten, pues, las consideraciones que preceden para rechazar los planteamientos de la vista fiscal que esta Sala dejó resumidos atrás, bajo los numerales 1), 2) y 3). En cuanto a lo expuesto por la señora Agente del Ministerio Público con relación a la vigencia y aplicación inmediata del artículo 19 del Decreto Ley 222 de 1983 (numeral 4 de la síntesis hecha en este fallo), será materia de que se ocupará la Sala al efectuar el estudio de los cargos enrostrados por el recurrente al laudo acusado, que vienen montados con apoyo en la causal octava del original artículo 672 del C. de P.C. y, con respecto a la síntesis anterior hecha por la Sala, es suficiente anotar que el propio documento denominado "Acta de desarrollo de la cláusula compromisoria", suscrito entre Carbocol y el consorcio Domi-Prodeco-Auxini el 13 de marzo de 1987, contiene *el punto central de la controversia existente entre las partes, el cual, giraba justamente, al rededor de la validez y eficacia de la cláusula 2.55 del contrato que las vinculó* y en la cual tomó apoyo la determinación de dar por terminado el aludido contrato. Si ese punto concreto no hubiese sido el centro sobre el cual tornaban las diferencias de las partes, necio habría sido incluírlo, como en efecto lo fue, dentro de los temas que circunscribían la limitada órbita de competencia del Tribunal de Arbitramento. No es, pues, atendible por estas razones adicionales, la objeción que sobre el particular formula la vista fiscal.

CAPITULO IV

LAS CONDENAS IMPUESTAS POR EL LAUDO

El laudo impugnado, luego de declarar válida y eficaz la cláusula 2.55 del contrato (numeral primero de la parte resolutiva), tras declarar que por la aplicación que Carbocol dio a dicha cláusula causó perjuicios al consorcio Domi-Prodeco-Auxini y debe indemnizarle (numeral segundo de la parte resolutiva), impuso las siguientes *condenas consecuenciales* en el numeral TERCERO:

1. *Por concepto de reparación del daño emergente causado por los gastos denominados de Primer Establecimiento,* la cantidad de TRESCIENTOS SESENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y TRES MIL CIENTO CINCUENTA PESOS ($369.633.150.oo).

Cómo llegó el Tribunal a ésta cifra?, pues, apoyádose en el dictamen de los peritos financieros, en el cual encontró:

a) Que el consorcio llevó a cargos diferidos en su contabilidad la suma de TRECIENTOS NOVENTA MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y UN MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y UN PESOS ($390.931.341.oo);

b) Contabilizó amortizaciones de esos cargos diferidos por	$ 88.871.447.oo
Saldo:	$302.059.894.oo

c) Saldo por amortizar:

(De estos indexó $146'158.013, lo que dio.....	$213.731.270.oo
No indexó.....	155.901.880.oo
	369.633.150.oo

(págs. 47 a 53 del aludo).

2. *Por concepto de reparación del daño emergente causado por los gastos no reembolsados* en que incurrió el Consorcio en el período comprendido desde la iniciación del contrato hasta el 31 de julio de 1987, la cantidad de SEIS MIL SETECIENTOS TREINTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL CIENTO NOVENTA PESOS ($6'732.856.190.oo).

El Tribunal llegó a establecer esta cifra así:

a) Tomó los costos y gastos adicionales a los de primer establecimiento que fueron de $390.931.341.oo, a partir de la fecha en que comenzó a ejecutarse el contrato y hasta el 13 de marzo de 1985:

Egresos en este período por:

Gastos generales	$1.702.322.485.oo
Arrendamiento bienes	567.560.211.oo
Arrendamiento financiero	1.785.105.468.oo(1)

(1) Gastos financieros del exterior (Servicio de los préstamos en moneda extranjera para adquisición de maquinaria): $626.202.383.oo

Diferencia de cambio por capital de trabajo, que corresponde a los préstamos obtenidos en el exterior. $469.261.603.oo

Comisión del 2.25% por la contratación de los préstamos $143.366.040.oo

Gastos financieros locales correspondientes al servicio de las deudas contraídas en moneda col.$543.098.759.oo

Gastos Bancarios	$ 3.176.683.oo	
Subtotal.....		$4.054.988.164.oo
Menos Ingresos en el período venta de carbón.....		$3.662.475.573.oo
Saldo a favor del Consorcio.....		$ 392.512.591.oo

b) Costos en el período comprendido entre el 31 de marzo (en realidad 1 de abril) y 31 de agosto/85 (13 dice el laudo).

Gastos generales de operación		$ 768.271.246.oo
Costos de bienes en arrendamiento		46.284.911.oo
Arrendamiento financiero		519.414.051.00(1)
(1) Gastos financieos del exterior	$205.365.246.oo	
Diferencia de cambio capital de trabajo	$141.845.000.oo	
Comisión del 2,25%	41.266.685.oo	
Gastos financieros locales	121.215.880.oo	
Gastos bancarios	10.721.240.oo	
Menos Ingresos en el período por venta de carbón:		$ 129.522.865.oo
Saldo a favor del Consorcio		$1.204.447.343.oo

c) Costos y gastos no reembolsados en el período sept. 1/85 a julio 31/87

Gastos generales de operación		881.126.749.oo
Saldo no amortizado de anticipo		$1.016.183.397.oo
Costos de arrendamiento (depreciación de la maquinaria y equipo)		$4.867.183.794.oo
Arrendamiento financiero		$3.101.962.545.o(1)
(1) Gastos financieros del exterior	$1.131.648.267.oo	
Diferencia de cambio capital del trabajo	$ 525.250.000.oo	
Comisión del 2.25%	299.692.612.oo	
Gastos financieros locales	$1.113.559.361.oo	

Gastos bancarios	32.112.305.oo	
	3.101.962.545.oo	
Menos: Ingresos en el período por venta de carbón y otros:		$3.609.795.359.oo(1)

(1) Intereses reconocidos por Carbocol en acuerdo de marzo 13/87	$1.011.456.893.oo
Compra de maquinaria por Carbocol	2.584.996.266.oo
Reubicación personal extranjero	13.342.200.oo
	$3.609.795.359.oo

Saldo:..... $ (507.832.814.oo)

Suma de los saldos a favor del Consorcio en los períodos:

a) 392.512.591.oo (pág. 5 dictamen pericial financiero)
b) 1.204.447.343.oo (pág.40 dictamen pericial financiero)
c) 6.256.661.126.oo (pág.42 dictamen pericial financiero)

Aquí el Tribunal dice que debe tenerse en cuenta un rendimiento del 38.26% sobre los US$8.000.000.oo del anticipo y deducirlos del total de $5.406.482.064.oo de arrendamiento financiero, o sean $2.066.131.150.oo, lo que disminuye los costos reembolsables, *para un total a favor del Consorcio de:* $6.732.856.190.oo

(Todo ello en los tres períodos. Pág 67 del laudo).

Luego agrega:

"Esta cantidad de ($6.732.856.190.oo) es el resultado de deducir los gastos financieros correspondientes a los OCHO MILLONES ($8.000.000.oo) [de dólares, se permite aclarar la Sala] de la cantidad de OCHO MIL SETECIENTOS NOVENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS CUARENTA PESOS ($8.798.987.340.oo), que es la suma de las partidas indexadas por los peritos financieros en las aclaraciones de su dictamen pericial (Páginas 38 y 39)" [pág. 67 del Laudo].

3. *Por concepto de reparación del daño emergente causado por razón de vigilancia con posterioridad a la terminación del contrato* la cantidad de SESENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS VEINTIUN PESOS ($63.862.621.oo).

Cómo llegó el Tribunal a esta cifra? Así:

Vigilancia en la mina luego de terminado
el Contrato y hasta recibo obra
por Carbocol $58.850.333.oo
(La diferencia entre $63.862.621.oo y
%58.850.333.oo corresponde a indexación).
(Págs. 86 a 93 del laudo).

4. Por concepto de indemnización del lucro cesante causado durante el transcurso del tercer año minero, la cantidad de TRESCIENTOS OCHO MILLONES NOVECIENTOS TREINTA MIL QUINIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS (308.930.598).

5. Por concepto de indemnización del lucro cesante causado en el período comprendido entre el 1o de septiembre del 1985 hasta la terminación normal pactada en el contrato la cantidad de TRES MIL SEISCIENTOS SESENTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS ($3.668.800.000.oo) (fls. 115 del laudo).

CAPITULO V

LOS CARGOS POR EL IMPUGNANTE Y LAS REPLICAS DEL CONSORCIO OPOSITOR

Como se enunció al comienzo de estas consideraciones de los cargos que el impugnante enrostra al laudo arbitral del 4 de marzo de 1988, cinco se apoyan en la causal 8a. del original art. 672 del C. de P.C., once en la causal 7a. del mismo artículo y uno se funda en la causal 9a. ibídem. En ese orden los examinará la Sala.

SECCION PRIMERA. Examen de los cargos formulados con apoyo en la causal octava del original art. 672, C de P.C.

PRIMER CARGO:

Cargo A. del capítulo VI del memorial de fundamentación del recurso:

El recurrente fundamenta la nulidad del laudo dentro de esta causal, en primer término, porque el Tribunal se ocupó de la cláusula 2.55 del contrato que dió origen a las diferencias entre las partes, "para reconocer su validez y aplicarla como un desarrollo del principio sobre terminación unilateral consagrado para los contratos administrativos", *cuando no podía hacerlo,* de modo que falló sobre "materiales que no estaban ni podían estar sujetas a su decisión", de acuerdo con el inciso final del art. 76 del Decreto 222 de 1983, que tuvo vigencia inmediata, de acuerdo con los arts. 38 y 40 de la ley 153 de 1887".

Sea lo primero resaltar que el art. 76 citado sustrae del arbitramento la aplicación de la cláusula de caducidad y sus efectos, así como lo relativo a las cláusulas que contengan los principios sobre terminación, modificación e interpretación unilateral de los contratos administrativos.

Así, por ejemplo, si la administración declara la caducidad de un contrato administrativo o de uno de derecho privado con cláusula de caducidad, porque, a su juicio, del incumplimiento de las obligaciones del contrato se derivan perjuicios para aquella (Causal f., art. 61, D222 de 1983) y consecuencialmente los cuantifica en determinada cantidad que dice debe pagarle éste, o si la declaración la funda en incapacidad financiera del mismo contratista (causal e) y también establece que el efecto de la misma será el pago por éste de determinada prestación, todo *lo decidido en el correspondiente acto administrativo no puede ser discutido en el proceso arbitral que se adelante como resultado del pacto arbitral.* Puede afirmarse en el proceso arbitral caben las disposiciones sobre las diferencias suscitadas entre las partes acerca de la cuantificación concreta que la administración haga como consecuencia de las declaraciones de caducidad o terminación, modificación e interpretación unilaterales, porque lo que la norma prohibe es que se discuta la aplicación de tales cláusulas y sus efectos jurídicos, más no las consecuencias económicas de dichos efectos. Puesto que una cosa es alegar que no puede arbitrarse sobre la caducidad o la terminación, y, que el efecto de estas declaraciones sea el que deba proceder a la liquidación del contrato (lo que sí puede hacer la administración), y otra muy distinta afirmar *que ese efecto comporte que el contratista debe pagar determinada suma, en que la administración estima los perjuicios causados* con el incumplimiento o lo que el contratista sale a deberle por la liquidación del contrato.

Valga anotar que la Sección Tercera de la Corporación ha dicho que la administración no puede unilateralmente deducir perjuicios a cargo del contratista incumplido (Sentencia de 22 de noviembre de 1989, Exp. No 5253, actor: Seguros del Comercio S.A.). Igualmente ha expresado que aquella puede, vencido el término señalado para la ejecución del contrato, ordenar su liquidación la que entonces debe llevarse a cabo de conformidad con lo ordenado en los arts. 288 y 289 del Decreto 222 de 1983 (Sentencia de 29 de enero de 1989, Exp. No 3615, Actor: Dario Vargas S., y de 11 de diciembre de 1989, Exp. No 5334, Actor: "Compañía Colombiana de Ingeniería y Construcción Ltda.").

Pero ahora no es del caso dilucidar tan importante materia, porque no obstante lo sostenido por el apoderado de la entidad recurrente, la disposición contenida en el art. 767 del Decreto 222 de 1983 no es aplicable al contrato cuyas diferencias dieron lugar al *sub-lite, pues él fue celebrado bajo la vigencia del Decreto 150 de 1976, cuando la exclusión de materias arbitrales se refería únicamente a la aplicación de la cláusula de caducidad y sus efectos (art. 66), sin que pueda eceptarse que la disposición contenida en el art. 76 del Decreto 222 de 1983 sea aplicable a los contratos celebrados con anterioridad* a su vigencia (2 de febrero de 1983). Las normas de la ley 153 de 1887 que se invocan por el impugnante abonan, precisamente, lo que aquí se dice. En efecto, el art. 38 dispone "*En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración*" (subraya la Sala), no las que se dicten posteriormente; y, de ese principio general sólo exceptúa el mismo precepto, las concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resulten del contrato y las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado. Y no puede decirse en sana lógica jurídica que el art.

76 cae dentro de la primera de tales excepciones, porque el precepto en comentario se refiere específicamente a los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales "previstos en el Título IV", del mismo Decreto 222. Y esto último fue secedido en el contrato que dió acasión al laudo impugnado. En tal contrato no se pactó, en efecto, la figura legal de terminación de que trata el art. 19 del Título IV del Decreto 222 de 1983, sino una distinta de origen puramente negocial. Tanto es ello así, que al aplicarla "Carbocol" no se fundó en ninguna de las dos únicas consideraciones que podría haber invocado según el parágrafo del citado artículo 19, si hubiere tratado de hacer uso de la facultad de que trata dicha preceptiva legal (motivos de orden público o coyuntura económica crítica), sino que hizo referencia expresa al poder derivado de la cláusula 2.55 del contrato.

Tampoco puede aceptarse que el artículo 76 del Decreto 222 de 1983 deba aplicarse al contrato en mención, por cuanto es claro que esa norma no concierne a la sustanciación ni a la ritualidad de los procesos sobre aspectos contractuales, como resulta evidente de sus propios términos.

Valga la pena anotar, que la ley 19 de 1982, al conceder facultades extraordinarias al señor Presidente de la República, para modificar el régimen de contratación administrativa contenido en el Decreto 150 de 1976, contempló la autorización expresa al Ejecutivo nacional para regular dentro del nuevo estatuto que se expidiera, la forma en que los nuevos principios orientadores de la contratación incidirían sobre los contratos ya celebrados con arreglo al régimen plasmado en el Decreto 150 celebrado; y, con base en esa precisa autorización, el Gobierno Nacional al ejercer las facultades extraordinarias que le fueron conferidas, dispuso en forma tajante, que no deja espacio para la menor duda, que los nuevos principios sobre interpretación, terminación y ,modificación unilaterales solamente se aplicarían a aquellos contratos, regidos por el Decreto Ley 222 de 1983, *celebrados con posterioridad* a la fecha de vigencia del estatuto últimamente citado, de donde se deduce sin mayor esfuerzo que, también por este aspecto y no tan solo por virtud de lo dispuesto en los preceptos de la ley 153 de 1887 que se han dejado analizados precedentemente, *el artículo 19 del Decreto 222 de 1983, resulta totalmente ajeno, y por consiguiente inaplicable al contrato vinculó a las partes enfrentadas en la contienda resuelta por el laudo impugnado.*

Y no se diga, en contravía de los anteriores asertos, que por ser de orden público la normatividad contenida en el Decreto Ley 222 de 1983 y, en especial su artículo 19, que lo previsto en él deba entenderse incorporado automáticamente al contrato que rigió las relaciones entre Carbocol y el consorcio opositor. En manera alguna ese planteamiento es de recibo para la Sala, porque como con agudeza y exactitud expone Paul Roubier en su monumental obra sobre los conflictos de leyes en el tiempo ("LE DROIT TRANSITOIRE", 2a ed., Dalloz-Sirey, Paris. 1960. pág 417), *" la idea de orden público no puede ponerse en oposición con el principio de la no retroactividad de la ley, por el decisivo motivo de que, en un ordenamiento jurídico fundado sobre la ley, la no retroactividad de la leyes constituye, en sí misma, una de las columnas fundamentales del orden público. Es absolutamente imposible concebir los fundamentos de un orden legislativo, si no se introduce en él la noción*

de irretroactividad de las leyes, pues si éstas han de ser retroactivas, eso no puede llamarse orden sino desorden público. Es evidente, en efecto, que si leyes de fechas diferentes pretenden regir al mismo tiempo y sobre un mismo objeto la conducta de los particulares, éstos no sabrán a quién obedecer ni a qué regulación someterse; el orden jurídico se asemejaría a una reunión donde todo el mundo hablaría simultáneamente; el término "orden", en sí mismo, sería una burla. La ley retroactiva es, en principio, contraria al orden público, y si el legislador puede, excepcionalmente, imprimir efecto retroactivo a una ley, no es concebible imaginar que al hacerlo así, está fortificado el orden público; por el contrario, lo que hace es introducir un fermento de anarquía en la sociedad, y tal razón por la cual el legislador sólo debe utilizar la retroactividad con la más extrema prudencia. (...). *Por lo demás, es totalmente inexacto que las leyes de orden público ocupen (...) una situación particular. Existen numerosas leyes referentes a materias del orden público (...) las cuales respetan los contratos ya celebrados...".*

Dicho en otros términos: de conformidad con el ordinal b) del numeral 1o del art. 10 de la Ley 19 de 1982, el Presidente de la República quedó investido de facultades extraordinarias, por el término de un año a partir de la promulgación de esa Ley, para "establecer la manera como hayan de operar en los contratos a que se refiere el Decreto-Ley 150 de 1976 los nuevos principios jurídicos consagrados en esta ley". El Ejecutivo nacional así facultado, al expedir el Decreto-Ley 222 de 1983 puntualizó -en armonía con la ley de facultades- que esos nuevos principios jurídicos eran los de terminación, modificación e interpretación unilaterales (Título IV del Decreto) y dispuso, en forma que no deja lugar a la menor duda, que esos "nuevos principios" regirían para "*los contratos administrativos que se celebren con posterioridad a este estatuto*" (artículo 18), con lo cual no solo ejercitó la facultad otorgada por el precitado ordinal b) del numeral 1o del artículo 10 de la Ley 19 de 1982, sino que lo hizo con estricta sujeción a lo prescrito por el artículo 38 de la ley 153 de 1887. Así: los contratos celebrados con anterioridad a la fecha de vigencia del Decreto-Ley 222 de 1983 constituirían regidos por las leyes vigentes al momento de su celebración y, por ende, a ellos no les son aplicables los "nuevos principios jurídicos" de terminación, interpretación y modificación unilaterales por parte de la administración. Por el contrario, tales "nuevos principios jurídicos" se entienden incorporados, aun sin estipulación expresa que así lo diga, a los contratos que se celebren con posterioridad al dos (2) de febrero de 1983, fecha de vigencia del Decreto-Ley 222 de 1983.

Tal solución se acompasa, a juicio de la Sala, con el pensamiento jurídico universal más autorizado y con la jurisprudencia nacional. En efecto, ocupándose del tema y a propósito de un contrato que calificó expresamente como administrativo, la Sala Plena en lo Civil de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia de 9 de mayo de 1938, con ponencia del Magistrado Dr. Pedro Alejandro Gómez, dijo lo siguiente:

> "VII.- La ley aplicable. Es principio aceptado generalmente que a los contratos debe aplicarse la ley vigente en el momento de su celebración y que las leyes nuevas no pueden alterar las relaciones contractuales. Este principio tiene

necesariamente sus excepciones, como cuando no han sido totalmente realizados los actos adquisitivos del derecho a la prestación. Pero *tratándose de contratos perfeccionados, celebrados con las formalidades legales, y que han tenido su cumpimieto normal, la ley aplicable es la que regía en el momento en que se celebró la convención.* (Las sublineas no son del texto).

"Los contratos deben tener estabilidad y no pueden estar sujetos al proceso mudable de la legislación de un país. Pascual Fiore, en su importante obra "De la irretroactividad e interpretación de las leyes", dice lo siguiente:

" ' Los derechos que traen su origen de un acto humano, son los que con preferencia a todos los demás deben ser considerados como derechos adquiridos, cuando el autor de tales hechos, de los cuales proviene dichos derechos, no puede por su sola voluntad destruir o modificar los efectos jurídicos que son consecuencia de los mismos, ni las obligaciones que de ellos se derivan en favor de las otras distintas personas; un título irrevocable. En este caso se encuentran los derechos que nacen de los contratos, de los cuasicontratos, de los delitos y de los cuasidelitos.

" ' Constituyendo las obligaciones un vínculo jurídico que crea una relación entre dos personas, en virtud de la que una de ellas (que es la que viene a ser acreedora) puede exigir de la otra (que se convierte en deudora) la prestación objeto de la misma, y no pudiendo nacer este vínculo jurídico mas que en el momento en que tiene lugar el concierto de ambas voluntades, parece desde luego que todo debe depender en esta materia de la ley bajo cuyo imperio se hubiere llevado a cabo dicho concierto, y por lo tanto, no puede existir duda racional alguna de que sobre tal relación jurídica no cabe tener autoridad la ley posterior.

"Parece pues, fuera de toda controversia la regla de que las obligaciones y cuanto concierne a su existencia, su válidez y sus efectos, deben quedar bajo el imperio de la ley que estuviere en vigor en el momento en que la obligación tuvo su origen, y que puede aplicarse la ley nueva a las obligaciones nacidas antes de ella, sin dar a la misma una injusta retroactividad.

"Merlín, citado por Fiore, sienta como regla que todos los derechos que tienen su origen en los contratos, ya sean eficaces y efectivos desde luego, ya eventuales o meras expectativas, deben ser regidos por la legislación anterior, y deben estar a cubierto de cualquiera innovación introducida por la ley posterior. Biancho sostiene la misma opinión". (GACETA JUDICIAL. Tomo XLIV, número 1935, página 488).

Sentado lo anterior, tiénese nítidamente esclarecido que el laudo impugnado, al decidir que era válida la cláusula 2.55, por la cual se pactó que Carbocol tendría derecho a dar por terminado el contrato, avisándole al contratista con una semana de anticipación, en cuyo caso debía pagarle una serie de prestaciones que taxativamente allí se enumeraron, e interpretar cuáles de las pretensiones del

contratista caían dentro de tales conceptos y condenar a su pago, *no decidió sobre materias ajenas al proceso arbitral, ni falló sobre puntos no sujetos a consideración de los árbitros, ni concedió más de lo pedido.* No lo primero, porque como lo acepta el propio impugnante, en el documento donde se recogió el acuerdo de las partes sobre diversos aspectos relacionados con aquellas, se expresó que el contratista seguía discutiendo la eficacia y válidez de dicha cláusula 2.55, (págs. 9 a 11, numeral 14 de la fundamentación del recurso). Tampoco lo segundo, ni lo tercero, porque algunas de las condenas impuestas en los ordinales SEGUNDO y TERCERO de la parte resolutiva del laudo se refieren, precisamente, a compensaciones y sumas que Carbocol debía pagar al contratista como consecuencia de la terminación del contrato y que éste sometió a decisión arbitral, como correspondía, de acuerdo con la cláusula compromisoria pactada y en consonancia con la 2.55 atrás referida.

Por otra parte, la causal 8a. alegada (Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido en él más de lo pedido") viene a ser sustancialmente igual a la causal segunda de casación, contemplada en el art. 368 del C. de P.C., así:

"No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones de la demanda o las excepciones propuestas por el demandado".

La H. Corte Suprema de Justicia, por conducto de su Sala de casación en varias oportunidades ha señalado que la causal segunda tiene aplicación cuando se presenta cualquiera de las siguientes hipótesis:

a) Cuando la sentencia decide más allá de lo pedido (ultra petita);

b) Cuando en el fallo se ha decidido sobre puntos no sometidos al litigio (extra-petita); y

c) Cuando la sentencia omite pronunciarse sobre alguna de las pretensiones contenidas en la demanda o sobre las excepciones propuestas por el demandado (mínima o citra petita).

En los últimos tiempos ha precisado la jurisprudencia que también se presenta incongruencia cuando se decide con base en *causa petendi* distinta a la invocada por las partes.

Es que el fallo debe ser una respuesta acompasada con cada una de las pretensiones aducidas y de las excepciones propuestas. Pero, además, con los fundamentos de hecho que se hayan alegado como *causa petendi,* "pues si se funda en supuestos fácticos que no fueron oportunamente invocados por las partes, lesionaría gravemente el derecho de defensa del adversario, al sorprenderlo con hechos de los que, por no haber sido alegados, no se le habría dado oportunidad para contradecirlos", como también lo ha dicho la misma corporación, para señalar el fundamento filosófico de la causal. (Ver fallo de 29 de agosto de 1988, publicado en "Jurisprudencia al Dia", Tercer Trimestre 1988, pág. 120 y siguientes).

El quebranto pues, de una sentencia con base en la causal segunda del artículo 368 del C. de P.C. o de un laudo arbitral, en su caso, por la causal 8a del original artículo 672 ib., hoy art. 38 del Decreto 2279 de 1989, no puede presentarse, entonces, sino por alguna de las precisas hipótesis indicadas y su procedencia no puede resultar sino de la comparación entre tales pretensiones o excepciones y lo resuelto en la respectiva providencia.

Con el aludo impugnado el Tribunal resolvió, por una parte, declarar que es válida y eficaz la cláusula distinguida con el número 2.55, Parte 2- CONDICIONES GENERALES DEL CONTRATO celebrado entre quienes son partes en el presente proceso y que, por la aplicación que hizo CARBOCOL de la citada cláusula, causó perjuicios al Consorcio DOMI-PRODECO-AUXINI, que debe indemnizarle (numerales PRIMERO Y SEGUNDO) y, por la otra parte, falló que, en consecuencia, se condenaba a la primera a pagarles al segundo:

"1) Por concepto de reparación del daño emergente causado por los gastos denominados de Primer Establecimiento, la cantidad de TRESCIENTOS SESENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y TRES MIL CIENTO CINCUENTA PESOS ($369.633.150).

"2) Por concepto de reparación del daño emergente causado por razón de vigilancia con posterioridad a la terminación del contrato hasta el 31 de julio de 1987, la cantidad de SEIS MIL SETECIENTOS TREINTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL CIENTO NOVENTA PESOS ($6.732.856.190).

"3) Por concepto de reparación del daño emergente causado por razón de vigilancia con posterioridad a la terminación del contrato la cantidad de SESENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS VEINTIUN PESOS ($63.862.621).

"4) Por concepto de indemnización del lucro cesante causado durante el transcurso del tercer año minero, la cantidad de TRESCIENTOS OCHO MILLONES NOVECIENTOS TREINTA MIL QUINIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS ($308.930.598).

"5) Por concepto de indemnización del lucro cesante causado en el período comprendido entre el 1 de septiembre de 1985 hasta la terminación normal pactada en el contrato la cantidad de TRES MIL SEISCIENTOS SESENTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS ($3.668.800.000.oo)".

Lo anterior consta en el numeral TERCERO del laudo impugnado; y, en el CUARTO se consignó que se denegaban "las demás pretensiones del consorcio DOMI-PRODECO-AUXINI, a que se refieren los documentos del 13 de marzo de 1987". Así, pués, acertado o no el laudo, en cuanto a sus determinaciones, lo cierto es que se ajustó genéricamente a la materia arbitral enunciada por las partes.

Los documentos a que hace referencia el LAUDO son dos, suscritos ambos el 13 de marzo de 1987 por quienes fueron partes en el procedimiento arbitral. El uno, que lleva por título "*Acta de Desarrollo de la Cláusula Compromisoria*", contiene las diferecias sometidas al Tribunal de Arbitramento y en él aparece (págs. 14 a 18 del Acta, grupo 5, Cuad. 1), que el Consorcio solicitó al Tribunal decidiera "sobre la validez y, en general, la eficacia de la cláusula 2.55 del CONTRATO invocada por CARBOCOL para darlo por terminado, según la ley colombiana aplicable al caso", *(pretensión b.1);* que: "En caso de que el Tribunal declare nula o ineficaz la cláusula 2.55 del CONTRATO deberá declarar a CARBOCOL responsable por los perjuicios ocasionados al CONSORCIO como consecuencia de haber dado aquella lugar a las mencionadas nulidad o ineficancia y condenándola, consecuencialmente, a pagar al CONSORCIO la indemnización de los perjuicios por daño emergente y lucro cesante a que hubiere lugar", *(pretensión b.2);* que :"Si el Tribunal encontrare que la cláusula 2.55 es válida o aficaz deberá pronunciarse, como CARBOCOL como parte del contrato que encargó la obra, debe reembolsar al CONSORCIO todos los costos y darle lo que valga el trabajo hecho y lo que hubiere podido ganar en la obra y, en caso afirmativo, proferir la condena que se derive de dicha conclusión, en las sumas y por los conceptos que se acrediten dentro del proceso arbitral", *(pretensión b.3);* que en el mismo evento de encontrarse que es válida y eficaz la cláusula 2.55, el Tribunal "deber pronunciarse como petición subsidiaria de las ...b.2 y b.3 sobre CARBOCOL abusó de sus deechos al invocar dicha cláusula "o, si, bajo cualquier otro aspecto,... no empleó la diligencia debida o incurrió en culpa al dar por teminado unilateralmente el CONTRATO ... En caso afirmativo, el Tribunal condenará a CARBOCOL a pagar al CONSORCIO la indemnización plena de los perjuicios por daño emergente y lucro cesante que éste hubiere sufrido como consecuencia de tal abuso o negligencia", *(pretensión b.4);* que en el mismo caso de encontrar que la cláusula 2.55 es válida y eficaz el Tribunal "deberá pronunciarse, como petición sibsidiaria de las pretensiones b.2, b.3, y b.4 procedentes, sobre si... se dieron o no las circunstancias o motivos que justificaban la aplicación, y, en caso negativo, condenar a CARBOCOL a pagar a favor del CONSORCIO la indemnización plena de los perjuicios por daño emergente y lucro cesante que éste sufrió como consecuencia de la terminación unilateral del contrato...", (pretensión b.5); *que en el mismo evento de declarar que la cláusula 2.55 es válida* o eficaz"*;* deberá pronunciarse, como petición subsidiaria de las pretensiones, sobre si, con el fin de mantener o restablecer el equilibrio financiero del contrato, el CONSORCIO tiene derecho a que CARBOCOL le pague las sumas de dinero en las cuantías y por los conceptos que se acrediten dentro del Arbitramento y, en caso afirmativo, condenar a CARBOCOL a pagar ... dichas sumas...", *(pretensión b.6);* que también en caso de llegar a declararse válida y eficaz la cláusula 2.55 y en subsidio de las pretensiones b.2 a b.6 precedentes, "el tribunal deberá establecer si los conceptos y correspondientes cuantías contenidas en la reclamación que presentó *el CONSORCIO a CARBOCOL el 27 de septiembre de 1985 y los demás que resulten probados en el proceso, deben serle reconocidos y pagados por ésta a aquel a la luz del CONTRATO ...incluyendo los intereses moratorios a que haya lugar".(pretensión b.7);* que igualmente si se declarase que la cláusula 2.55 es válida y eficaz y como petición subsidiaria de las b.2 a b.7, el Tribunal deberá declarar "si CARBOCOL infringió las obligaciones que a su cargo le imponía la ley

colombiana aplicable y las estipulaciones contractuales, en cuyo caso la condenará a pagar a favor del CONSORCIO la indemnizaciónle plena de los perjuicios que tal infracción le haya causado...", *(pretensión b.8); Finalmente,* se le pidió al Tribunal que en subsidio de todas las pretensiones anteriores, se pronunciara "sobre si en el caso que nos ocupa se configuró un enriquecimiento sin causa a favor de CARBOCOL y a cargo del CONSORCIO como consecuencia de la terminación unilateral del CONTRATO y la insistencia de esta sociedad de reconocer exclusivamente algunas de las sumas a que se refiere la cláusula 2.55 ... en cuyo caso efectuará la condena correspondiente ..."*(pretensión b.9), Por último se pidió que " como consecuencia de las condenaciones que haga ... se servirá... el Tribunal condenar a CARBOCOL el (sic) pago de los honorarios, gastos y demás costos del arbitramento", (pretensión b.10).*

El otro documento fue suscrito también el 13 de marzo de 1987 y en él las partes solucionaron de manera directa y en forma definitiva algunas de sus diferencias. A tal documento, de fundamental importancia, se referirá la Sala en otro lugar de las consideraciones.

Planteada así la litis, el Tribunal, encontró que la cláusula 2.55 era válida y eficaz, con lo cual despachó favorablemente la pretensión b.1 y por contera negó la b.2 (numeral PRIMERO de la parte resolutiva); *pero como se le pidió que en tal evento (la declaración de validez y eficacia de la cláusula 2.55) se pronunciará sobre si CARBOCOL debía reembolsar al CONSORCIO "todos los costos y darle lo que valga el trabajo hecho y lo que hubiere podido ganar en la obra, y en caso afirmativo, proferir la condena que se deriva de dicha conclusión, en las sumas y por los conceptos que se acrediten dentro del proceso arbitral"* (pretensiones b.3), el Tribunal halló que eran precedentes tales reembolsos porque, en su concepto, debían aplicarse al caso las provisiones del artículo 2056 de código civil y entonces procedió a hacer las condenas, en los subnumerales 1 a 5 del numeral TERCERO de la parte resolutiva de su laudo, previa declaración que hizo de la citada cláusula causó perjuicios a su cocontratante, el denominado Consorcio DOMI-PRODECO-AUXINI, con lo cual despachó favorablemente dicha pretensión b.3. (Subrayas de la Sala).

El señor apoderado de la parte recurrente critica el laudo bajo el concepto de haber recaído sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido porque, a su juicio, lo pretendido era que se pronunciara el Tribunal sobre si CARBOCOL debía reembolsar al CONSORCIO aquellos conceptos mencionados en la pretensión b.3 (todos los costos, el trabajo hecho y lo que hubiere podido ganar en la obra) y no limitó a esto, sino que incluyó la indemnización de perjuicios.

El señor apoderado del Consorcio, por su parte, contradice tal afirmación argumentando que hizo bien el Tribunal al incluír los perjuicios porque al haber encontrado que el caso caía bajo las previsiones del artículo 2056 del Código Civil, éste debía aplicarse en su integridad y que de acuerdo con él, en palabras del Tribunal 'la reparación económica a que es merecedor el Consorcio se contrae,

según ese precepto lo establece, a los costos que hubiere atendido durante el tiempo en que alcanzó a ser ejecutado en contrato, al valor del trabajo hecho y a la utilidad que hubiera podido obtener si el contrato se hubiera ejecutado en su totalidad" (pág 41 in fine, 42 y 43 del laudo).

Si el Tribunal de arbitramento, para resolver la pretensión b.3 o cualquier otra subsidiaria y consecuencial a la resolución concerniente a la validez de la cláusula 2.55 del contrato (todas lo eran, excepto la b.2 y la b.10), concluyó que la norma que debía regir los efectos que se imponía deducir de la declaratoria pedida sobre la citada validez, era la del artículo 2056 del Código Civil, lo acertado de esta conclusión no puede ser debatido por la Sala, dentro del muy preciso y restrictivo ámbito de la causal octava del original artículo 672 del C. de P.C., como tampoco podría serlo en casación dentro del espacio a que da lugar la causal segunda del art. 368 ib., *pues la discusión sobre este aspecto y la conclusión que de él se obtuviera implicaría el examen del fallo por errores en la aplicación de la ley sustancial,* ora por vía directa, debido a falta de aplicación, indebida aplicación o interpretación errónea, como por la vía indirecta por errores en la apreciación de las pruebas o por falta de apreciación de éstas, materias todas exógenas al recurso extraordinario de anulación.

No está llamado a prosperar, por consiguiente el cargo.

SEGUNDO CARGO. *Cargo B del Capítulo VI del memorial de fundamentación del recurso:*

Sentado lo anterior, lo que si puede y, además, debe estudiar la Sala es si el Tribunal de Arbitramento al aplicar dicha norma (el artículo 2056 del C.C.) y deducir sus alcances en relación con la cláusula compromisoria (2.67) y con lo convenido en la cláusula 2.55 y las pretensiones sometidas a su decisión, *lo hizo dentro de los precisos límites que ellas le fijaban,* o si, de alguna manera, las excedió para condenar en más de los que correspondía, como ahincadamente lo sostiene la parte recurrente. Para ésta, cuando el Tribunal, luego de haber declarado que la cláusula 2.55 era válida y eficaz, decidió en el numeral SEGUNDO de la parte resolutiva, que por la aplicación que de ella hizo CARBOCOL "causó perjuicios al Consorcio DOMI-PRODECO-AUXINI, que debe indemnizarle", para proceder seguidamente a condenar a pagar diferentes cantidades por concepto de reparación de daño emergente y de lucro cesante, falló sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros de acuerdo con la petición b.3, que en la parte motiva del laudo se dijo que estaba llamada a prosperar.

El cargo viene enunciado así: "B *en cuanto en los ordinales SEGUNDO y TERCERO de la parte resolutiva del laudo, el tribunal declaró..,que por la aplicación que hizo CARBONES DE COLOMBIA S.A. CARBOCOL de la citada cláusula (se refiere a la 2.55 del contrato) causó perjuicios al Consorcio DOMI-PRODECO-AUXINI, que debe indemnizarle y que como consecuencia se la condenaba a pagar diferentes cantidades por concepto de reparación del daño emergente y de indemnización del lucro cesante, el fallo recayó sobre puntos no*

sujetos a la decisión de los árbitros en la petición b.3 que anteriormente había considerado llamada a prosperar" (pág. 23 del memorial de sustentación del impugnante, fl. 42, C.1) Argumenta el recurrente que con la petición b.3 el Consorcio pretendió que se condenara a CARBOCOL a reembolsar al CONSORCIO todos los costos y darle lo que valga el trabajo hecho y lo hubiere podido ganar en la obra y que, en cambio el laudo lo que hizo fue declarar que aquella, por la aplicación que hizo de la cláusula 2.55 causó perjuicios a éste que debe indemnizarle; luego dice como el Tribunal encontró que la pretensión b.3 tenía notorias trazas de haber sido fielmente tomada del artículo 2056 del código Civil, tenía que entenderse que el Consorcio buscaba que Carbocol cumpliera las obligaciones que imponía dicha norma y no perseguía una indemnización, que supondría que Carbocol se había colocado en una de las situaciones previstas en el artículo 1613 del Código Civil, generadoras del deber de indemnizar, con lo cual de paso le endilga al laudo, en forma sutil, una incongruencia entre la parte motiva y resolutiva.

El señor apoderado del Consorcio, por su parte, arguye que el Tribunal en el laudo no hizo cosa distinta que aplicar en su integridad el contenido del artículo 2956 del C.C., siendo falso que hubiera partido de la base de que Carbocol se había colocado en una de las situaciones que contempla el artículo 1613 ib., pues "el Tribunal de Arbitramento condenó a Carbocol a indemnizar el daño emergente y el lucro cesante, por considerar *'aplicable en su integridad'* al caso convertido el artículo 2056 del Código Civil, esto es, sus incisos 1 y 2, y no como lo pretende el recurrente por haber partido de la hipótesis de aplicar al caso controvertido la norma general del artículo 1.613 del código Civil, artículo que en cualquier momento mencionó siquiera el Tribunal de Arbitramento, en ninguno de los 117 folios que empleó para dictar el Laudo". Y agrega que como el tribunal consideró que el artículo 2056 era "aplicable en su integridad" sucede que este en su primer inciso consagra "el principio de la indemnización plena de los perjuicios" según las reglas generales de los contratos, siempre que por una u otra parte no se haya ejecutado lo convenido, o se haya retardado su ejecución', para luego, valiéndose de la locución hilativa *('por consiguiente')*, destinada a disipar dudas, disponer en el segundo inciso del propio artículo 2056 que quien encargó la obra podrá hacerla cesar reembolsando al artífice todos los costos y dándole lo que valga el trabajo hecho y lo que hubiere podido ganar con dicha obra, con el evidente propósito de reiterar, sin tener que repetir el principio general sentado en el inciso 1 inmediatamente precedente, que siempre y cuando se indemnice al artífice, 'según las reglas generales de los contratos', todos los perjuicios que el cambio de opinión de su contratante le haya causado, no ve el legislador reparo en permitir que se trunque, por repentina que sea la consecución del resultado que el dueño de la obra perseguía y que su contratante se obligó a obtener para beneficio del primero".

SE CONSIDERA:

Para la Sala, tendría plena razón el recurrente si el laudo hubiese declarado que Carbocol causó perjuicios al Consorcio que debía indemnizarle, esto en el numeral SEGUNDO de la parte resolutiva y luego en el numeral TERCERO hubiera

procedido a condenar a su pago *por conceptos diferentes a los señalados en la pretensión b.3,* pues, entonces, evidentemente el fallo habría recaído sobre puntos por completo ajenos y por consiguiente no sujetos a la decisión de los árbitros, o, por lo menos, habría concedido abiertamente más de lo pedido. Cabe aquí resaltar que, en materia arbitral, las pretensiones han de ser objeto de interpretación estricta por parte del juzgador, siguiendo la voluntad rigurosa de las partes, pues, ella constituye el rígido marco de la competencia dentro del cual podrán actuar los árbitros.

Considera la Sala que lo anterior no ocurrió, de modo estricto, porque el laudo en este particular, en su parte motiva, luego de estudiar la naturaleza jurídica del contrato celebrado entre Carbocol y el consorcio, llegó a la conclusión de que era administrativo; que la cláusula de terminación que contempla el artículo 76 del Decreto 222 de 1983 y que, por consiguiente, podían los árbitros pronunciarse sobre su validez y eficacia; y que, finalmente, el contrato por su especie resultaba ser inequívocamente, uno de obra o empresa, o sea el mismo que disciplinan los artículos 2056 y siguientes del código Civil, normas que le son aplicables en cuanto no se opongan a las de derecho administrativo que le fueren pertinentes, mirando como contrato administrativo". Por esto, expresó, sin dársele las consecuencias contempladas en el artículo 2056 del Código Civil conforme al cual "la reparación económica a que es merecedor el Consorcio se contrae, según ese precepto lo establece, a los costos a que haya atendido durante el tiempo en que alcanzó a ser ejecutado el contrato, al valor del trabajo hecho y a la utilidad que hubiera podido obtener si el contrato se hubiera ejecutado en su totalidad" (págs. 41 y ss. del laudo), reparación que es precisamente la que en términos generales ordena el laudo en el numeral SEGUNDO de la parte resolutiva cuando dice: "Declárase que por la aplicación que hizo CARBONES DE COLOMBIA S.A. CARBOCOL de la citada cláusula causó perjuicios al Consorcio DOMI-PRODECO-AUXINI, que debe indemnizarle".

Para la Sala, cuando el laudo impugnado habló llana o genericamente de perjuicios que deben indemnizarle, se refirió obviamente a las compensaciones de que habla el artículo 2056 del C.C. (todos los costos, lo que valga el trabajo hecho y lo que el artífice hubiere podido ganar en la obra), a pesar de que era su deber cuestionarse sobre la aplicación o inaplicación parcial de la referencia normativa. Así no lo hizo el Tribunal.

En efecto, el inciso 1 del artículo 2056 del código Civil prescribe que: "Habrá lugar a reclamación de perjuicios, según las reglas generales de los contratos, siempre que por una o por otra parte no se haya ejecutado lo convenido, o se haya retardado su ejecución."

El inciso transcrito evidentemente, sienta el principio general; diciendo que en los contratos para la confección de obra cuando por una u otra de las partes no se haya ejecutado lo convenido o se haya retardado su ejecución, habrá lugar a indemnización de perjuicios (a favor del beneficiario de la obra o del artífice, en su caso, es obvio) según las normas generales de los contratos, *reglas, que no pueden ser otras que*

las relativas a la responsabilidad en caso de incumplimiento de las obligaciones. Lo dicho, sin menosprecio de las especiales regulaciones que en contrario hubieren convenido los contratantes, dado que su autonomía privada les permite pactar en contrario a lo normado por el legislador. Pero como éste quiso darle a quien encargó la obra, la facultad de hacerla cesar, tenía que contemplar cuáles compensaciones (que llamó genericamente perjuicios) debía reconocerle al contratista al ejercer aquel tal poder y, esto fue precisamente lo que hizo en el segundo inciso del propio artículo 2056, cuando dispuso: "*Por consiguiente* (es decir "por consecuencia, en fuerza o vitud de lo antecedente", como reza el Diccionario de la Lengua Española de la real Academia), el que encargó la obra, aún (es decir, inclusive) en el caso de haberse estipulado un precio único y total por ella, podrá hacerla cesar, reembolsando al artifice todos los costos, dándole lo que valga el trabajo hecho, y lo que hubiera podido ganar en la obra", a menos que las partes hubieren pactado en contrario, resulta forzoso a la Sala, como ocurrió en el caso sub exámine.

Aclarado que los conceptos "costos", "valor del trabajo hecho" y "lo que hubiere podido ganar en la obra", los denomina el Código Civil "perjuicios" que debe indemnizar el que encargó la obra al artífice y que el reconocimiento de tales conceptos fue lo pretendido por el Consorcio dentro del proceso arbitral, es evidente que el laudo no excedió las pretensiones del Consorcio, al menos en cuanto respecta al rubro "daño emergente", aunque sí lo hizo parcialmente en punto tocante con el ítem "lucro cesante", como adelante precisará la Sala, por el solo hecho de declarar, en el numeral SEGUNDO de su parte resolutiva, que "CARBOCOL", por aplicación que hizo de la cláusula 2.55 causó perjuicios al Consorcio, que debe indemnizarle, pues esto viene a ser lo mismo que decir que por haber hecho cesar CARBOCOL la obra, debe reembolsar al artífice todos los costos y darle el valor del trabajo hecho y lo que hubiera podido ganar en la obra (pretensión b.3).

Lo anterior es suficiente para despachar desfavorablemente, de manera parcial el cargo que la Sala examina, pues, según lo visto, si en el ordinal SEGUNDO de la parte resolutiva del Laudo se declara que por la aplicación que hizo Carbocol de la cláusula 2.55 del contrato causó perjuicios al consorcio, que debe indemnizarle y en el TERCERO condena a su pago, no falló, *por este solo hecho,* sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros en el aspecto "daño emergente".

Ahora bien, en cuanto respecta a los rubros por "LUCRO CESANTE", vale decir, las condenas impuestas bajo los subnumeraleas 4 y 5 del numeral TERCERO de la parte resolutiva, el Tribunal impuso las siguientes condenas:

"4) Por concepto de indemnización del lucro cesante causado durante el trancurso del tercer año minero, la cantidad de trescientos ocho millones novecientos treinta mil quinientos noventa y ocho pesos ($308.930.598.oo).

"5) Por concepto de indemnización del lucro cesante causado en el período comprendido entre el 1o de septiembre de 1985 hasta la terminación normal

pactada en el contrato la cantidad de tres mil seiscientos sesenta y ocho millones ochocientos mil pesos ($3.668.800.000.oo)".

Para sentenciar en la forma anterior el tribunal tuvo en cuenta la parte final del art. 2056 del C.C,. que le impone al dueño de la obra indemnizarle al artífice "*...lo que hubiera podido ganar en la obra*", pero sin parar mientes que sobre este especto las partes habían hecho regulación de manera contraria a la previsión legal y por consiguiente a ello debían estarse lo concontratantes y el Tribunal. (ver cláusula 2.55).

En efecto: La tan mencionada cláusula 2.55 Parte 2 el contrato contenido en la escritura pública No 3.458 del 17 de julio de 1981, de la Notaría Segunda del Círculo de Bogotá, es del siguiente tenor:

"2.55 *Terminación del Contrato.-* CARBOCOL tendrá derecho a dar por terminado el Contrato, avisando al Contratista con una semana de anticipación, en cuyo caso CARBOCOL le pagará al Contratista todo el trabajo ejecutado con anterioridad a la fecha de terminación, tal como lo estipula el Contrato, en tanto que las sumas o items correspondientes no hayan sido ya cubiertos por pagos efectuados con anterioridad, incluyendo lo siguiente: (a) las sumas pagaderas con respecto a cualesquiera items preliminares en la medida en que el trabajo o servicio comprendido en los mismos haya sido desarrollado o ejecutado y una proporción adecuada de dicho trabajo o servicio haya sido desarrollada o cumplida según lo certifique el Interventor.- (b) el costo de los materiales o artículos razonablemente pedidos para la obra o para los Tabajos Temporales que hayan sido entregados al Contratista o con respecto a los cuales el Contratista sea legalmente responsable de aceptar su entrega, materiales o bienes éstos que serán de propiedad de CARBOCOL cuando los pague; (c) una suma, a ser certificada por el Interventor que corresponda a un gasto razonable incurrido por el Contratista para la terminación de la totalidad de los Trabajos, en la medida en que dicho gasto no haya sido cubierto por los pagos establecidos en los parágrafos (a) ó (b) anteriores; (d) el costo razonable de repatriar el personal administrativo y los obreros del Contratista, al momento de la terminación, en la medida en que dicho costo no haya sido cobijado por otro pago. (e) El pago por equipo de minería según el valor en libros, basado en las horas reales de operación y en la vida útil estimada. Teniendo en cuenta sin embargo, que contra cualquier pago adeudado por CARBOCOL bajo esta Cláusula, CARBOCOL tendrá derecho a que se acrediten cualesquiera sumas adeudadas por el Contratista por anticipos con respecto a la Planta y a cualquier suma previamente pagada por CARBOCOL al Contratista con respecto a la ejecución de los Trabajos".

Quisieron las partes significar que, de manera exclusiva, para el evento de que Carbocol hiciera uso del poder de terminación anticipada del contrato, indemnizaría "el daño emergente" por los diversos gastos e inversiones efectuados por el Consorcio, pero de manera alguna "el lucro cesante" o utilidad o ganancia que hubiera podido reportarle el agotamiento anticipado del plazo contractual, aunque

sí la utilidad que se hubiere causado durante la vigencia real del contrato y no pagada por Carbocol.

Para la Sala, la preceptiva contenida en el art. 2056 del C.C., en la cual el Tribunal apuntaló su fallo, es de naturaleza suplantiva o supletoria, vale decir, de aplicación en tanto y cuanto los contratantes no hubieren pactado otra cosa. En el caso *sub exámine,* las partes convinieron que Carbocol pudiera dar por terminado, de manera anticipada, el contrato, evento en el cual compensaría al consorcio de la manera y forma que consignaron expresamente, en la susodicha cláusula 2.55, sin que de manera alguna se refirieran para incluir el concepto "lucro cesante" propiamente entendido. Dicho de otra forma, al regular taxativamente las partes el tema de las prestaciones originadas por la terminación anticipada del negocio y no incluir expresamente el concepto analizado del "lucro cesante", de que se vió privado el consorcio por la no prosecución del plazo inicial convenido, se impone concluir que fue su voluntad excluir de la indemnización dicho rubro. En síntesis la cláusula 2.55 constituye, por este aspecto, una de las llamadas "limitativas de responsabilidad", que por no contrariar el derecho público, ni el orden público, ni las buenas costumbre, está llamada a cumplir el propósito que tuvieron sus autores cuando la concibieron.

Lo dicho en los párrafos anteriores tiene marcada importancia para desatar el cargo que se estudia, desde luego que ello incide en la determinación y delimitación del tema "arbitral". En efecto, como bien lo relieva la cláusula compromisoria, es decir la marcada con el No. 2.67, los árbitros estaban llamados a resolver, de manera exclusiva y excluyente, las diferencias que surgieran entre las partes originadas durante la vigencia del contrato; es decir, que en lo relativo a fenómenos extraños o exógenos al negocio jurídico, o, por mas allá de su duración y liquidación no procedía su debate en sede arbitral. Ahora bien, para una mejor comprensión, resulta conveniente recordar el texto de la cláusula No 2.67, cuyo tenor es:

> "2.67.- *CONCILIACION DE CONTROVERSIAS.*- En caso de surgir una diferencia o controversia entre CARBOCOL y el Contratista *en relación con el Contrato o con el Desarrollo de las obras y trabajos objeto del mismo,* bien sea durante su ejecución o después de su terminación procederá dicha controversia o diferencia al Interventor para que la dirima o concilie las opuestas pretensiones o puntos de vista dentro de los 90 días siguientes a aquel en que se lo solicite cualquiera de las partes. Si la decisión del Interventor es aceptada por las partes se considerará definitiva y será obligatoria hasta la terminación y liquidación de los trabajos y se le dará efecto inmediato por parte del Contrati (sic). Si dentro de los 90 dias mencionados el interventor no monunicase a las partes su decisión o si una vez proferida ésta, una de las partes o ambas no la aceptaren, CARBOCOL y el Contratista o cualquiera de ellos, dentro de los 90 dias siguientes al recibo escrito de la decisión del Interventor, podrá solicitar que la controversia o diferencia sea sometida al procedimiento arbitral ordinario o a la decisión de expertos o peritos, tal como aquí se prevé. En caso de que la diferencia o controversia fuere de naturaleza jurídica respecto de la interpretación del Contrato o del cumplimiento arbitral, el cual en primero

a las funciones del Tribunal, su integración y los procedimientos, las partes se atienen a lo dispuesto en el Título III, Libro 6 del código de Comercio. El fallo de los árbitros será proferido en derecho y el lugar de funcionamiento será la ciudad de Bogotá. Si las partes no se pusieren de acuerdo en la designación de los árbitros,éstos serán designados por la Cámara de Comercio de Bogotá. En caso de que la diferencia o controversia fuere de carácter técnico o contable, las partes conjuntamente o una de ellas podrá solicitar que sea sometida a la decisión de expertos, de acuerdo con el título IV Libro 6 del Código de Comercio. La decisión de los expertos será definitiva y obligatoria para las partes". (Subraya la Sala).

Cabe afirmar, a este nivel de la providencia, que las partes se autolimitaron los temas que someterían a solución arbitral y, por lo mismo, lo consignado en el primero de los documentos por ellas suscritos el 13 de marzo de 1987, llamado "desarrollo de la cláusula compromisoria", al querer extender la competencia arbitral al rubro "lucro cesante", entendiendo por tal lo que el Consorcio hubiera podido ganar de no haberse terminado anticipadamente, el contrato, desbordaron el marco de la cláusula arbitral, sin facultad para entonces, pues, bien sabido es que la estipulación arbitral como accesoria a un contrato debe convenirse en toda su dimensión *antes de que surja el conflicto;* otra es la situación y el mecanismo que la ley brinda para cuando ya se conocen las diferencias surgidas entre las partes, mediante el contrato de compromiso.

En cuanto respecta a la condena impuesta bajo el subnumeral 4) del numeral TERCERO, denominado por el laudo "indemnización del lucro cesante causado durante el transcurso del tercer año minero" por $308.930.598.oo después de indexar su valor histórico de $234.375.000.oo, no cabe hacer la misma reflexión que sobre la utilidad o ganancia que el Consorcio espera obtener para el período 1o de septiembre de 1985 a 31 de agosto de 1990, por cuanto aquél monto fue deducido por los peritos financieros como causado durante la vigencia o vida del contrato, el llamado por las partes "tercer año minero" que corrió del 1o de septiembre de 1984 a 31 de agosto de 1985, lo que constituye verdaderamente un derecho adquirido para el consorcio. Por ello hizo bien el Tribunal en reconocer este derecho, así lo hubiera considerado como "lucro cesante", cuando en verdad participa mas bien de la categoría "daño emergente". Esta condena, pues, debe mantenerse aunque circunscrita a su valor histórico, por las razones que se explican en otra parte de este fallo.

Corolario de lo expuesto es que el cargo está llamado a prosperar parcialmente, es decir, en cuanto el laudo sentenció sobre el ítem "lucro cesante" estándole vedado al Tribunal, porque la limitante impuesta por las partes en las cláusulas 2.55 y 2.67 se lo impedían, *dado que fue el querer de los contratantes que no hubiera indemnización por el referido concepto, en el evento de que Carbocol ejerciera el poder de terminación unilateral y anticipado del contrato,* filosofía que por lo demás es de recibo en el contrato administrativo. Se impone, entonces, para la Sala corregir el subnumeral 5) del numeral TERCERO de la parte resolutiva del laudo de cuatro (4) de marzo de 1988, dejando sin valor y sin efecto la condena allí

impuesta por el Tribunal de Arbitramento, pero manteniéndose las relacionadas por concepto de "daño emergente" y la contenida bajo el subnumeral 4), las cuales quedan incólumes, aunque reducidas en cuanto fueron objeto de indexación, como se explica adelante.

Lo anterior, de manera alguna significa para la sala que la terminación anticipada del contrato, a instancia de la administración, generalmente no puede aparejar indemnización compensatoria por "daño emergente" y por "lucro cesante", como lo acepta alguna doctrina internacional. Lo que debe quedar bien en claro es que en el caso presente, por cuanto las partes anticipadamente autorregularon las consecuencias propias de esa modalidad de extinción del negocio, en el sentido de limitar exclusivamente la indemnización compensatoria por el llamado "daño emergente", o lo que es igual, al excluir de ella " el lucro cesante 'propiamente entendido, por no mencionarlo, para nada, en la cláusula 2.55, cobra aplicación la tesis de MARIENHOFF, quien sobre este tópico, y con base en la ley argentina No 13.064, art. 11, inciso 88 y decreto 5720 de 1972, concluyo que *si la terminación es lícita no habrá lugar al reconocimiento por lucro cesante.* Se transcribe el texto normativo últimamente citado, que reza:

> "Cuando el Estado rescinda un contrato por una causa prevista en este reglamento, el adjudicatario tendrá derecho a que se le reconozcan los gastos directos e improductivos en que probare haber incurrido con posterioridad a la adjudicación y con motivo del contrato, *pero no se hará lugar a reclamación alguna por lucro cesante* o por intereses de capitales requeridos para financiaciones" (Subrayas de la Sala) (Merienhoff Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, tomo III-A, Edt. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, pág 468 y 469).

Aplicando las orientaciones anteriores el caso *sub examine,* la Sala encuentra que *la estipulación negocial 2.55 tan solo le "aseguraba" al consorcio la compensación por "daño emergente" y para nada el "lucro cesante".* De tal suerte que la ecuación económica del contrato era clara *ab initio,* en el sentido de que al operar el hecho futuro e incierto de la terminación anticipada del mismo, no habría derecho alguno de reclamar por utilidades no causadas, cuya oportunidad para obtenerlas se viera frustada, pues, al tenor del contrato estas no pasaban de ser simples expectativas.

El cargo, pués, prospera parcialmente en cuanto habrá de corregirse el laudo en la condena impuesta por concepto de "lucro cesante" contenidas en el subnumeral 5) del numeral TERCERO de la resolutiva, dado que a voces del original art. 672-8 del C. de P.C., *dicha providencia recayó sobre puntos que no podían ser sujetos al fallo de los árbitros, o, dicho de otra manera, no podían constituir "materia arbitral".*

Prospera parcialmente el cargo.

TERCERO, CUARTO YQUINTO CARGOS.

Lo expuesto no es, naturalmente, bastante para despachar los demás cargos formulados con base en la causal octava (8), pues es necesario estudiar, además, si efectivamente el laudo al cuantificar las condenas por compensaciones o reembolsos términos dentro de la cláusula 2.55 vienen a ser sinónimos, según lo visto) excedió lo que por tales conceptos podía el Consorcio dentro del proceso arbitral. Este estudio deberá hacerse, porque los cargos subsiguientes, que el recurrente señala con los ordinales C,D y E, constituyen críticas a la cuantificación que el laudo arbitral impugnado hizo de dichos costos.

Para los efectos consiguientes, la Sala examinará, por razones de orden, los referidos cargos de los ordinales C, D y E, comenzando con el E., siguiendo con el D, y dejando para el final de este aparte lo relativo al cargo ordinal C. en consecuencia, así se procede:

Cargo E del Capítulo VI:

Lo enuncia así el recurrente: *" También recae el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros y concede, además, más de lo pedido, en virtud de haber ordenado a CARBOCOL en el numeral 1) del punto TERCERO al pago del daño emergente causado por los gastos denominados de Primer Establecimiento, en cuantía de Trescientos sesenta y nueve millones seiscientos treinta y tres mil ciento cincuenta pesos ($369.633.150.oo)".*

Para el recurrente el laudo recayó en este particular sobre puntos sujetos a decisión porque "en la Cláusula compromisoria no se pactó que la controversia relativa a hechos anteriores a la celebración del contrato, podía someterse a la decisión del Tribunal", agregando que "por tratarse de inversiones que los proponentes hacen sujetas a la eventualidad de que no se les adjudique el contrato, asumen... un riesgo profesional no susceptible de ser indemnizado" y que "como los Magistrados que conformaron la mayoría, para justificar esta condena (pág. 40 del fallo) afirmaron que el Consorcio no reclamaba el reembolso de los gastos sino "la indemnización del daño que le causó la terminación del contrato, consistente en que" ... Teniendo derecho a diferir el pago de los gastos de establecimiento y reparación ... no pudo hacer esa amortización gradual por causa de la terminación del negocio", esta condena no podía incluirse entre las consecuencias que se seguían de la prosperidad de la pretensión b.3 que, como ya se ha demostrado, no implicaba el pago de indemnización alguna sino el cumplimiento de obligaciones nacidas de la presunta imperatividad del segundo inciso del Artículo 2056. De lo contrario, se estaría en contradicción de validez y eficacia de la Cláusula 2.55".

SE CONSIDERA

Para la Sala el reconocimiento de los gastos a que se refiere el recurrente y que el Laudo denomina de "Primer Establecimiento", sí era punto sometido a su decisión, pues no solo están comprendidos expresamente en la cláusula 2.55 del contrato, origen de las diferencias decididas en el laudo impugnado, sino que también al caer, como se explica en seguida, bajo el concepto de "costos", quedaron compendiados en la pretensión b.3.

Ahora bien, bajo el subnumeral 1) del numeral TERCERO de la parte resolutiva se condena a CARBOCOL a pagar al CONSORCIO "por concepto de reparación del daño causado por los gastos denominados de Primer Establecimiento, la cantidad de TRESCIENTOS SESENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y TRES MIL CIENTO CINCUENTA PESOS ($369.633.150).

Para la Sala lo importante es saber si tales gastos caben o nó dentro del concepto "costos de artífice para la construcción de la obra encomendada", que es precisamente uno de los subtemas enumerados en la cláusula 2.55 antes transcrita, como constitutivos de daño emergente.

El laudo una vez que definió la naturaleza del contrato, la validez de la cláusula de terminación (la 2.55 del contrato), las consecuencias que debían seguirse de tales determinaciones y su encuadramiento dentro de la pretensión b.3, dijo que debían examinarse los fundamentos de la reclamación al Consorcio y, al efecto, expresó que éste había presentado a Carbocol el 27 de septiembre de 1985 una reclamación según la cual la terminación unilateral del contrato le produjo consecuencias dañosas a partir de la comunicación de CARBOCOL del 13 de marzo de 1985 (donde se le comunica la decisión de terminar el contrato), porque desde ese momento perdió la posibilidad de amortizar con las utilidades provenientes de hechos que venían ocurriendo con anterioridad, que le causaron pérdidas reales y que "se extienden de esa fecha en adelante y hasta el 31 de agosto de ese mismo año, como resultado de haberse impuesto, en aquella carta y en comunicaciones posteriores, la obligación nó prevista en el contrato consistente en la evacuación de las 420.000 toneladas de carbón destapado en mina, en relación con el cual tan solo recibía una remuneración del diez por ciento (10%), al paso que se le impidió terminar el tercer año de mineria, todo lo cual le significó no sólo qué dejó de recibir lo que le hubiera correspondido de haberse seguido cumpliendo el contrato, como lo venía haciendo, sino que estas y las restantes labores que se le impusieron le llevaron a tener que sostener una permanencia en la obra como si esta se realizara normalmente, causandole costos y gastos que han de serle reembolsados pues constituyen una pérdida real para el contratista y que "como el contrato terminó efectivamente el 31 de agosto de 1985, las consecuencias de la terminación unilateral e ilegal del convenio se producen, según el consorcio, a partir del 1 de septiembre de ese año, y consisten sustancialmente en el lucro cesante derivado de no lograr el Consorcio las utilidades que esperaba realizar con la explotación de las restantes toneladas de carbón, conforme al contrato, así como en el daño emergente producido por los gastos que le impuso una liquidación anticipada e imprevista del negocio".

Dice luego el Tribunal: "por consiguiente, para atender el contenido de fondo de las pretensiones del consorcio en el proceso arbitral hay que tener en cuenta la reclamación que este presentó a Carbocol el 27 de septiembre de 1985, pues es por esta reclamación que se presentan las diferencias entre las partes que fueron sometidas al trámite previsto en el contrato para la solución de diferencias, como paso previo a la constitución del Tribunal de Arbitramento".

Añade el Laudo que "A su vez, esta reclamación, una vez que fue denegada por el Interventor en carta del 31 de julio de 1986, es la que guía la presentación de las pretensiones del Consorcio el dia 13 de marzo de 1987 para poner fin a algunas de las diferencias que entre ellos presentaron con motivo de la reclamación y su rechazo por Carbocol, convenio que no obstante creó un nuevo motivo de reclamo del consorcio por el saldo del anticipo que será deducido en capítulo especial de este laudo" (págs. 44 a 46 del fallo arbitral).

Es así como el laudo agrupó los conceptos de daño emergente reclamados por el Consorcio en siete items o capítulos, que precisamente son los que deben examinarse por la Sala para determinar, como se dijo, si caen dentro de alguno de los conceptos enmarcados por la cláusula 2.55, que se reitera, son los únicos aspectos que quien encargó la obra (Carbocol) debe pagarle al Contratista (el Consorcio), de acuerdo con la citada estipulación contractual y lo buscado con la pretensión b.3 de la reclamación del Consorcio Domi-Prodeco-Auxini; examen este necesario para determinar la congruencia del fallo con las pretensiones, bajo la causal octava del recurso de anulación.

El primero de tales ítems está constituido por los "gastos de primer establecimiento y de operación minera".

Por este primer ítem el laudo impugnado reconoce a favor del Consorcio constructor de la obra la cantidad de TRESCIENTOS SESENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y TRES MIL CIENTO CINCUENTA PESOS ($369.633.150) que en la parte motiva explica como el resultado de aceptar que los gastos de preinversión y primer establecimiento (primera preparación minera) constituían gastos hechos para el desarrollo del contrato de obra, que fueron capitalizados para ser diferidos a lo largo del tiempo total de duración del contrato. Este guarismo historicamente corresponde a $302.059.894.oo, pues, el Tribunal aceptó indexarlo y así obtuvo la suma de $369.633.150.oo.

Lo anterior realmente constituye un costo que está, a su vez, representado en lo que tuvo necesidad de gastar el consorcio para ejecutar la obra objeto del contrato y, por consiguiente, cupo y cabe dentro del concepto "costo" de la pretensión b.3, y de la cláusula 2.55, por lo que no puede alegarse que en congruencia entre lo pedido y lo reconocido en el laudo o que éste hubiera recaído sobre algo no sujeto a la decisión del Tribunal de arbitramento.

Si el tribunal no apreció debidamente la prueba de las partidas que componen este rubro o si incurrió en error en la apreciación de la misma, es punto que no puede ser motivo de examen por parte de la Sala por las razones que atrás se explicaron al hablar de los límites del recurso extraordinario de anulación de un laudo arbitral y especialmente en lo relacionado con la causal octava.

Distinto sería el caso si la Sala hubiera encontrado que bajo ese ítem incluyera el laudo alguna partida no pedida o no comprendida dentro de los conceptos

"costo", o "valor del trabajo hecho", que hubiere sido o excluída por voluntad de las partes.

Costo. sustantivo que hasta el año de 1984 no había sido admitido por la Real Academia de la Lengua, viene a ser, como derivado del verbo costar, *el precio por el cual se compra o adquiere una cosa o lo que se paga para adquirir una cosa.*

La contabilidad, que no es sino el sistema adoptado para llevar la cuenta y razón de los ingresos, egresos y utilidades de una persona o empresa, siempre ha considerado que es necesario registrar como "activo diferido los gastos efectuados para organizar y poner en marcha un negocio o empresa, los cuales, usualmente se amortizan con cargo a la cuenta de pérdidas y ganancias en un período razonable, teniéndose por tal el de tres a cinco años, pues no tendría sentido que se cargaran a los ingresos del primer año, siendo así que tales gastos benefician al negocio en los demás años por venir".

W.A. Paton, en su "Manual del Contador", Ed. Uteha, México, 1975, pág 178 escribe: "Se conviene por lo general, en que los costos que de buena fe originan la promoción y la organización de una empresa de negocios, tales como los honorarios de los iniciadores, los gastos de formación de la sociedad, las comisiones y otros gastos que es preciso hacer para reunir el capital necesario, no son costos que se han de cargar a los ingresos corrientes (que pueden ser nulos o muy pequeños al hacer esos gastos), ni son tampoco pérdidas efectivas; se sigue de ahí que esas costas tienen que representar propiedad o activo, puesto que no hay otra alternativa. Es claro que puede dárseles el nombre de "cargos diferidos", pero esta forma de manejarlos, si se considera como un procedimiento especial, no es más que una petición de principio. los "cargos diferidos" tienen que ser, o bien costos de propiedad (activos) o cargos en supuesto contra el capital invertido."

Y el tratadista Roy B. Kester (Contabilidad- "Teoría y Práctica", Ed. Labor Barcelona, 1950, Tomo II, pág 398) dice: "Los gastos de constitución representan aquellos costos en que necesariamente se incurre para colocar una empresa en condiciones de funcionamiento, es decir, al objeto de habilitarla para desarrollar las operaciones y producir ingresos. En este epígrafe se incluyen generalmente los gastos de escritura y registro, de suscripción de las acciones, compras de libros, registros de acciones, gastos de oficina en conexión con la emisión de capital, y otros conceptos similares. Todos estos gastos son necesarios e inevitables y sin ellos no podía la empresa iniciar sus actividades (...) Del mismo modo que los costos de instalación de maquinaria se capitalizan al añadirse al valor de ésta, así mismo se capitalizan los gastos de constitución de una empresa por ser la medida del mayor valor que los elementos organizados del negocio poseen sobre los que están organizados, ya que ha logrado la reunión de capitales y se les ha puesto en actividad nombrándose la gerencia de empresa y formándose los planes de operación (...). La amortización de los gastos de constitución debe llevarse a efecto con tanta rapidez como los beneficios netos lo permitan, generalmente durante un período máximo de tres años". En otro aparte de la misma obra, se explica cómo los gastos en equipo, transporte e instalación del mismo, oficinas, etc., de un contratista de obras, constituyen "costos de la obra".

En esta materia, es preciso, pues, tener en cuenta dos conceptos que son fundamentales: los gastos necesarios para poner en marcha una empresa (organización, escrituras, instalación) que constituyen un activo diferido, es decir que se capitaliza, para ser amortizado en un período prudencial, al cabo del cual ya no deberán, por consiguiente, influir en los costos de operación de ella; y todos aquellos otros se deben tener en cuenta como costos de los activos fijos o movibles de la misma empresa.

La legislación fiscal colombiana, a la par con la de los demás países, estima todos esos gastos como verdaderos costos. En relación con los primeros autoriza que se amorticen en un periódo hasta de cinco años (arts. 142 y 143, Decreto 624 de 1989 o Estatuto Tributario) y los segundos (por ejemplo, los de transporte de una determinada maquinaria, escritura de adquisición del lote donde se efectúa una construcción, mejoras a ésta, etc.) constituyen *costo del correspondiente activo,* que afectarán o no los ingresos del contribuyente, en diversas proporciones, para la determinación del ingreso gravable (renta), según su contabilización y el correspondiente tratamiento tributario, pero que *en todo caso constituyen o bien costo de un activo* en particular (amortizable a través de la deducción por amortización) o *bien costo operativo,* deducible de la renta en el período fiscal en el que se realice (gasto). (Art. 58 y ss. ib.). Acertó, pues, el Tribunal al proveer sobre la pretensión relacionada con "gastos" de primer establecimiento y de operación minera como uno de los varios ítems constitutivos de "daño emergente", aún cuando no en su monto en cuanto indexó parte de los mismos cuando no le era dable hacerlo, como se verá en otra parte de este fallo.

No prospera, pues, el cargo.

Cargo D. del Capítulo VI:

Lo formula así el impugnante: *"Cuando el tribunal aceptó la solicitud del apoderado del Consorcio, hecha en su alegato emergente se le reconocerá el valor de los costos y gastos que los peritos financieros calcularon en sus respuestas a las preguntas 3.2, 3.3 y 3.4 del cuestionario que puso a su consideración el mismo apoderado, falló sobre puntos no sujetos a su decisión".*

Para el recurrente los costos y los gastos a que se refieren los peritos financieros en sus respuestas a las preguntas 3.2., 3.3, y 3.4 citadas en el cargo, no fueron entre las diferencias sometida al Tribunal porque el Consorcio, siguiendo el procedimietno pactado en la Cláusula 2.67 del Contrato no los incluyó entre los puntos, en su oportunidad, sometidos al interventor, ni lo fueron en la comunicación del Consorcio a Carbocol del 27 de septiembre de 1985. Además, en el acuerdo consignado en el documento del 13 de marzo de 1987 (por el cual arreglaron las partes definitivamente algunas de sus diferencias) que dió lugar a que se suscribiera el Acta que desarrolló la cláusula Compromisoria, el Consorcio "reiteró su rechazo a la eficacia y validez de la cláusula 2.55 y se reservó el derecho de someter al Tribunal de Arbitramento lo relativo al reembolso de los costos financieros causados por los créditos contraídos por EL CONSORCIO para financiar la

ejecución del contrato y la adquisición de los equipos de minería; el valor del carbón que según él había quedado destapado el 31 de agosto de 1985 y la procedencia de la deducción hecha por CARBOCOL, del saldo pendiente del anticipo para la compra de maquinaria y de las sumas ya entregadas para el pago de las indemnizaciones de tipo laboral y para el pago del contrato de celaduría" y, sin embargo, en el laudo se decidió sobre el costo de los bienes del arrendamiento, el valor del arrendamiento financiero, etc. Critica el recurrente, bajo este cargo, especialmente el que el Laudo hubiera tenido en cuenta los pagos de hechos por el Consorcio a Domi, miembro a su vez de dicho Consorcio, por concepto del arrendamiento financiero de la maquinaria que se empleó en la ejecución del trabajo, los cuales no podía incluir en su reclamación porque por una parte ellos demuestran que el consorcio no estaba en condiciones de cumplir el contrato y por otra revelan que el mismo Consorcio había cambiado la destinación del anticipo que Carbocol le entregó para la compra de maquinaria.

También critica que se hubiera tenido en cuenta entre los costos y gastos de que se trata, el saldo no amortizado del anticipo, cuando en virtud del acuerdo del 13 de marzo de 1987 este saldo fue compensado con parte del valor acordado para la compra, por Carbocol al Consorcio, de la maquinaria, por lo cual el punto no estuvo sujeto a la decisión de los árbitros, a pesar de lo cual el laudo se pronunció sobre él, al haberlo incluído dentro de los citados costos y gastos.

El señor apoderado del Consorcio, por su parte, replica la forma en que el impugnante presenta el cargo que se examina pues, dice, es mas propia de un alegato de instancia que de un escrito sustentatorios del recurso extraordinario de anulación y agrega, luego de detenerse sobre la naturaleza de la figura jurídica del consorcio, que "se trata de temas - los planteados por el impugnante, aclara la Sala- que nada tienen que ver con la causal octava tantas veces citada, por lo cual no pueden ellos prosperar". (fl. 147, C. 1).

SE CONSIDERA:

Más adelante, al estudiar el cargo elevado por concepto de error aritmético, la Sala examinará lo relativo al saldo no amortizado del anticipo. Por ahora despachará el cargo en cuanto a las restantes argumentaciones.

En el subnumeral 2) del numeral TERCERO de la parte resolutiva del laudo, se condena a CARBOCOL al pago de la cantidad de SEIS MIL SETECIENTOS TREINTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL CIENTO NOVENTA PESOS ($6.732.856.190) suma que se reconoce 'por concepto de reparación del daño emergente causado por los gastos no reembolsados en que incurrió el Consorcio en los períodos comprendidos desde la iniciación del contrato hasta el 31 de julio de 1987".

El recurrente en anulación alega (Cargo D) que "Cuando el Tribunal aceptó la solicitud del apoderado del Consorcio hecha en su alegato de conclusión, de que a título del compensación del daño emergente se le reconociera el valor de los costos

y gastos que los financieros calcularon en sus respuestas a las preguntas 3.2, 3.3, y 3.4., del cuestionario que puso a su consieración el mismo apoderado, falló sobre puntos no sujetos a su decisión". En otras palabras considera que hay aquí un caso de fallo extra petita.

Para determinar si hubo fallo extra petita, es necesario no solo comparar la pretensión b.3 y la condena, sino que es preciso también determinar si, tal suma, corresponde a alguno de los conceptos "costos" y "valor del trabajo hecho", a la luz de la cláusula 2.55, pues de no ser así, según lo explicado atrás, el cargo debería despacharse favorablemente.

Los árbitros, según el laudo llegaron a este monto (pág. 67) como resultado de determinar que en los períodos comprendidos entre la fecha en que comenzó a ejecutarse el contrato y el 13 de marzo de 1985 (cuando Carbocol dió al Consorcio la orden de que se limitara a trabajar el carbón previamente destapado en mina), entre esta fecha y el 31 de agosto de 1985 (fecha en la cual, según la misma orden, terminaba el contrato) y desde ésta, hasta el 31 de julio de 1987 (cuando los peritos hicieron el corte de cuentas para preparar su dictamen), el total de ingresos fue de $7.401.793.797 y el total de egresos fue de $15.255.414.857 dentro de los cuales $5'406.482.064 corresponden a cánones por arrendamiento financiero de maquinaria que el Consorcio contrató con la firma DOMI (uno de los miembros del citado Consorcio), de los cuales los árbitros, acogiendo en parte el experticio, los reducen en $2.066.131.150 por concepto de rendimiento financiero del anticipo de US$ 8.000.000.oo que el Consorcio había recibido para la compra de la maquinaria.

Para resolver el cargo acerca de este punto, hay necesidad de tener en cuenta los siguientes antecedentes:

a) El Consorcio celebró con las firmas Domi y Auxini primero, y luego con Domi, integrantes del mismo, un convenio por el cual esta última mediante operaciones de crédito con entidades financieras del exterior adquirieron la maquinaria necesaria para realizar la obra contratada con Carbocol y para dotar al mismo Consorcio del capital de trabajo requerido, a cambio del reconocimiento por el Consorcio de unos cánones por arrendamiento financiero con opción de compra a favor de este arrendatario

b) En el contrato celebrado entre el consorcio y Carbocol se pactó que éste daria al primero un anticipo de ocho millones de dólares de los Estados Unidos de América para adquirir la maquinaria y el equipo de minería necesario.

Así las cosas, es evidente que para calcular los "costos" por este concepto y de acuerdo con la pretensión b.3., en concordancia -por lo expuesto atrás- con la cláusula 2.55 tenía que desconocerse esa cantidad de US$ 8.000.00.oo. Lo contrario implicaría que Carbocol, no obstante haber pagado anticipadamente tal cantidad, tendría que reconocer unos costos financieros por arriendo con opción de compra de maquinaria para cuya adquisición, justamente, había desembolsado esos US$ 8.00.000.oo.

El Tribunal no procedió así, sino que calculó un rendimiento financiero teórico a esos US$8.000.000.oo y lo dedujo de aquellos cánones. Pero este proceder, acertado o nó, no puede corregirse por la Sala, en virtud del estrecho marco de acción dentro del cual se actúa en el recurso extraordinario de anulación, pues, lo contrario sería tanto como convertirse en juzgador de segunda instancia para penetrar en la órbita soberana del Tribunal, lo cual le está vedado legalmente.

Así las cosas, por lo expuesto el cargo no prospera.

Cargo C. del Capítulo VI:

Lo enuncia el recurrente en los siguientes términos: *"El laudo recayó sobre los puntos no sujetos a la decisión de los árbitros cuando dentro de las partidas a que se refieren los numerales 1), 2), 4) y 5) de las condenas impuestas a CARBOCOL, incluyó total o parcialmente y según lo explicó en el Capítulo V del fallo (pág, 113) la indexación del valor de la reparación del daño emergente o del lucro cesante" (fl. 26 de memorial del impugnante, C. 1, Fls 44 y 45).*

Y lo fundamenta en que siendo la indexación un aspecto de la reparación indemnizatoria encaminada a evitar que el acreedor sufra los efectos de la pérdida en el valor adquisitivo de la moneda, desde cuando se hace exigible la indemnización hasta cuando se efectúa el pago por el deudor, ha debido aplicarse a esta parte de la reclamación el artículo 1.615 del Código Civil según el cual, la indemnización se debe desde que el deudor se ha constituído en mora, como a su parecer "lo intuyó también el apoderado del Consorcio cuando en su alegato (pág. 160), habla de que no sería equitativo exigir a sus clientes el cumplimiento de los requisitos que según las más exigentes de las tesis, son necesarios para la constitución en mora como paso previo a la condena al resarcimiento del daño causado".

"Evidentemente -añade el recurrente- bien se dió cuenta dicho apoderado de que si de indemnización se trataba y no del cumplimiento de una obligación, era indispensable que el presunto deudor, o sea, CARBOCOL, se hallara en una de las situaciones previstas por el artículo 1.608 para que se colocara en mora.

"Pero he observado... que realmente la pretensión b.3 no perseguía la indemnización exigible por el incumplimiento del contrato, sino el reconocimiento y pago de las obligaciones que, según estatuyó el Tribunal, nacían del mandato consigado en el Artículo 2056 del código Civil.

"Entonces se deduce sin dificultad que, con fundamento en la prosperidad de la pretensión b.3 y de la subsecuente aplicación del artículo 2056 del Código Civil en su segundo inciso, y ante la validez y eficacia reconocida a la Cláusula 2.55 del contrato, no podían los árbitros ocuparse de ninguno de los aspectos que eran objeto de las otras pretensiones que contemplaban, por el contrario, una infracción del contrato que generaba lógicamente el deber de indemnizar.

"De esta manera, la condena a la indexación es incongruente con el reconocimiento de la validez de la Cláusula 2.55 y con la tesis de que existía a cargo de CARBOCOL las obligaciones señaladas en el segundo inciso del Artículo 2056 del Código Civil".

SE CONSIDERA:

Sin necesidad de referirse a los argumentos contenidos en la réplica suscrita por el señor apoderado del Consorcio Domi-Prodeco-Auxini (C.1, fls. 142 y 143), estima la Sala que este cargo envuelve cuatro aspectos bien caracterizados, a saber:

a) Pretende derivar la censura hacia una violación de la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 1615 del C.C., al criticar que se condenó al pago de una indemnización sin colocar previamente al deudor en mora.

b) Manifiesta que la pretensión b.3 no perseguía la indemnización exigible por el incumplimiento del contrato, sino el reconocimiento y pago de las obligaciones que, por decisión del Tribunal, nacieron por aplicación del artículo 2056 del Código Civil

c) Considera entonces que no podían los arbitros ocuparse de los aspectos de la indexación, que era objeto de otras pretensiones que sí contemplaran infracción del contrato, con el deber consiguiente de indemnizar.

d) Concluye que la condena a la indexación es congruente con el reconocimiento de obligaciones a cargo de Carbocol, con fundamento en la Cláusula 2.55 y el art. 2056 del Código Civil.

Así planteadas las cosas, aparentemente se observa que la censura tampoco encuadraría dentro de la causal octava en que dice fundamentarse, porque se ataca el laudo por haber concedido algo que correspondía a una indemnización, que se derivaría de la aplicación de una norma sustancial (el art. 1.615 del C.C.), que en verdad no se aplicó, pues, por parte alguna el fallo la invoca o la utiliza en su apoyo..

Ya atrás se dijo que dentro del ámbito de la causal octava el original art. 672 del C. de P.C., no cabe la acusación de un laudo por violación directa o indirecta de la ley sustancial, lo que sería suficiente para despachar el cargo desfavorablemente.

No ocurre lo mismo en cuanto respecta a la inconformidad que aduce el recurso entorno de la incongruencia contenida en el laudo al ordenar indexar algunos de los guarismos contenidos en las condenas impuestas a Carbocol, dado que el Tribunal de Arbitramento no estaba facultado expresamente por las partes para proveer sobre este tópico, como pasa a demostrarse.

a) El Tribunal en punto tocante con el tema de la indexación, en el Capítulo V (fl. 113 y 114), discurrió así:

"El Tribunal reconocerá la indexación pretendida por el Consorcio y la aplicará en los valores estimados por los peritos financieros, con las siguientes aplicaciones:

"a) En relación con la reparación del daño emergente causado por los gastos en que incurrió el Consorcio por concepto de la pretensión denominada primer establecimiento, solamente se hará el reconocimiento de una indexación parcial como se dejó explicado en el capítulo correspondiente (capítulo IV A, 1).

"b) En relación con la reparación del daño emergente causado por los gastos en que incurrió el Consorcio no reembolsados por Carbocol en los períodos tratados en los puntos 2, 3, y 4 del Capítulo IV de este laudo se reconocerá indexación de las partidas a cargo de Carbocol, salvo en lo referente al tercer período (4. Capítulo IV) en el cual la indexación no afecta sino los gastos de operación por la razón que exponen los peritos financieros al responder la pregunta 3.12 así: "En lo correspondiente al punto 3.4 se indexa unicamente la parte de los gastos generales de operación y se reserva el valor del costo de los bienes del arrendamiento y el del arrendamiento financiero debido a que por el sistema de cálculo empleado, se obtuvieron estas cifras a precios de julio 31 de 1987".

"La indexación reconocida se contrae a fecha de julio 31 de 1987 porque aunque se sugirió que el Tribunal la proyecta a la fecha de este laudo, no existe sin embargo prueba oficial que permita hacer de manera cierta dicha evaluación".

b) En el trámite arbitral la competencia de los árbitros y los límites dentro de los cuales pueden actuar validamente, han de ser señalados de manera expresa, clara y taxativa por las partes quienes en desarrollo de una facultad legal, hoy con respaldo constitucional (art. 116 C.N. de 1991), quedan facultados para proveer sobre las precisas cuestiones o diferencias que los interesados enlistan en el pacto arbitral y en el desarrollo del mismo. Dicho de otra manera, son las partes quienes con toda nitidez y claridad habrán de señalar las estrictas materias que constituyen el objeto del arbitramento. Lo que no hubieren determinado de esa manera revasará el rígido marco arbitral. Por manera que si los árbitros hacen extensivo su poder jurisdiccional transitorio a temas exógenos a los queridos por las partes, atenderán contra el principio de la congruencia, puesto que estarán decidiendo por fuera del concreto tema arbitral.

c) En el caso sub examine, la Sala no encuentra que las partes hubieran hecho referencia, en las condiciones atrás anotadas, oportunamente al tema de la indexación, corrección monetraria o actualización de condenas, por lo que se impone concluir que fue su voluntad la exclusión de tal fenómeno jurídico-económico de las llamadas "cuestiones arbitrales". Las partes al impedirle al Tribunal de Arbitramento ocuparse y, por supuesto, resolver sobre el fenómeno indexatorio, fijaron autonomamente su querer, consistente en que el mismo no fuera tocado para nada por los árbitros. Si bien es cierto que existen tendencias doctrinales y jurisprudenciales

que abogan por considerar y resolver de oficio el fenómeno indexatorio, ello por ser de recibo en campos distintos al arbitral, mas nunca en éste por la elemental razón de que la competencia de los árbitros es estricta, taxativa y oponible a éstos y a las partes.

En efecto, ni en la reclamación del Consorcio presentada a Carbocol con fecha 27 de septiembre de 1985 rechazada por éste el 4 de febrero de 1986, como tampoco en el documento de 13 de marzo de 1987 mediante el cual las partes desarrollaron la cláusula compromisoria, se mencionó y, mucho menos, se convino incluir la indexación o corrección monetaria para que los árbitros se ocuparan de ella y la decidieran, por lo que lo resuelto por ellos en el laudo arbitral sobre tal aspecto encuadra dentro de la causal 8a del original art. 672 del C. de P.C., invocada por el recurrente para que la Sala corrija el laudo en lo que los árbitros excedieron su competencia por haber recaído el fallo emitido por ellos sobre puntos no sujetos a su decisión. Cabe resaltar que tan sólo en el cuestionario formulado por el señor apoderado del Consorcio a los peritos, se refiere, por primera vez, al tema que se viene tratando.

d) Algunas de las condenas impuestas bajo el numeral TERCERO de la parte resolutiva del laudo del 4 de marzo de 1988, contienen la referida indexación o corrección monetaria, como lo explicitó dicho proveído en su Capítulo V. La Sala para cumplir la ordenación legal de corregir el laudo, en cuanto impuso como condena a cargo de Carbocol, siguiendo la recomendación de los peritos financieros, apartes por actualización, tomará cada uno de los subnumerales del citado numeral TERCERO de la resolutiva y descontará lo que constituyó esta materia y precisará el saldo neto de cada una de estas condenas.

Subnumeral 1) del numeral TERCERO del laudo:

Bajo este subnumeral, el laudo condenó a Carbocol y en favor del Consorcio "por concepto de reparación del daño emergente causado por los gastos denominados de Primer Establecimiento, la cantidad de TERSCIENTOS SESENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y TRES MIL CIENTO CINCUENTA PESOS ($369.633.150)".

A folios 51 a 53 el laudo explica que el costo histórico del presente rubro asciende a TRESCIENTOS DOS MILLONES CINCUENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS ($302.059.894.oo), pero que al acoger la indexación parcial efectuada por los señores peritos financieros, la resultante final es la de TRESCIENTOS SESENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y TRES MIL CIENTO CINCUENTA PESOS ($369.633.150.oo). Esto es, que confrontando éstos dos valores se encuentra como indexación la suma de SESENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS ($67.573.256.OO). La Sala al deducir ésta cantidad corregirá la condena impuesta bajo este rubro para dejarla en su valor histórico de TRESCIENTOS DOS MILLONES CINCUENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS ($302.059.894.oo).

Subnumeral 2) del numeral TERCERO del laudo:

Bajo este subnumeral el laudo condenó a Carbocol y en favor del Consorcio "Por concepto de reparación del daño emergente causado por los gastos no reembolsados en que incurrió el Consorcio en los períodos comprendidos desde la iniciación del contrato hasta el 31 de julio de 1987, la cantidad de SEIS MIL SETECIENTOS TREINTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL CIENTO NOVENTA PESOS ($6.732.856.190.OO).

Para llegar al monto consignado en el subnumeral que ahora se analiza, el Tribunal acogió la recomendación de los peritos financieros quienes indexaron parcialmente los diversos ítems del rubro respectivo, tal como lo explica el laudo (fl. 53 a 57). Los expertos en finanzas en su dictamen inicial al contestar la pregunta 3.12 formulada por el señor apoderado del consorcio, a fls. 73 a 74 de su trabajo, explican los valores históricos y la parte indexada de los mismos, es decir, el valor de OCHOCIENTOS OCHENTA Y UN MILLONES CIENTO VEINTISEIS MIL SETECIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS ($881.126.749.OO), correspondiente a los Gastos Generales de Operación. Bajo el rubro en análisis, los expertos señalan como costo histórico la suma de SEIS MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y UN MIL CIENTO VEINTISEIS PESOS ($6.256.661.126.OO) los que aumentados con la indexación que monta a CIENTO SETENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS ($178.473.251.OO), asciende a SEIS MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES CIENTO TREINTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS ($6.435.134.377.OO). Este rubro, fue explicado por los expertos financieros en su dictamen en los siguientes términos:

> "En la correspondiente al punto 3.4, se indexa únicamente la parte de Gastos Generales de Operación y se conserva el valor del Costo de los Bienes de Arrendamiento y el del arrendamiento financiero debido a que, por el Sistema de cálculo empleado, se obtuvieron estas cifras a precios de julio 31 de 1987.
>
> "Sobre este mismo punto, consideramos necesario aclarar que, para la indexación de los Gastos Generales de Operación del período comprendido entre el 1o de septiembre de 1985 y el 31 de julio de 1987, fue preciso considerar que esta cantidad es el resultado de la acumulación de gastos entre las dos fechas, por lo cual se determinó un promedio mensual durante cada uno de los 23 meses del período para luego aplicar el proceso de indexación mensualmente con los índices correspondientes del DANE". (fl 73).

Producto de las aclaraciones y complementaciones requeridas por los señores apoderados de cada una de las partes, visibles a folios 28 y 31 del cuaderno respectivo, los auxiliares de la justicia aclaran que los gastos comprendidos entre el 1o de septiembre de 1985 a 31 de julio de 1987, históricamente ascendieron a SEIS MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS

SESENTA Y UN MIL CIENTO VEINTISEIS PESOS ($6.256.661.126.oo), como el Tribunal impuso bajo esta condena la obligación de que Carbocol le pague al Consorcio la cantidad de SEIS MIL SETECIENTOS TREINTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL CIENTO NOVENTA PESOS ($6.732.856.190.oo) la diferencia entre estas dos sumas arrojan la cantidad de CUATROCIENTOS SETENTA Y SEIS MILLONES CIENTO NOVENTA Y CINCO MIL SESENTA Y CUATRO PESOS ($476.195.064.OO) que es la indexacion parcial comprendida en dicha condena.

Para corregir el laudo, la Sala toma como monto de esta condena, la cantidad de SEIS MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y UN MIL CIENTO VEINTISEIS PESOS ($6.256.661.126.OO), o sea el costo histórico del referido rubro y así lo dispondrá en la parte resolutiva.

Subnumeral 4) del numeral TERCERO del laudo:

Bajo este rubro el laudo denominó "Concepto de indemnización del lucro cesante causado durante el transcurso del tercer año minero, la cantidad de TRESCIENTOS OCHO MILLONES NOVECIENTOS TREINTA MIL QUINIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS ($308.930.598.OO)". La Sala al despachar el cargo E del Capítulo VI, anunció la corrección de ésta condena para reducirla a su valor histórico, o sea la suma de $234.375.000.oo, como la presentaron los peritos financieros, página 74 de su dictamen y lo reiteraron en las aclaraciones y complementaciones. por esta razón sobra cualquier otro pronunciamiento al respecto, pués la condena quedará por su valor histórico antes mencionado.

Subnumeral 5) del numeral TERCERO del laudo:

Por sustracción de materia es del caso entrar a ocuparse de la argumentación traida por el recurrente en esta oportunidad, dado que la Sala encontró que esta condena por lucro cesante debe quedar sin valor ni efecto, al resolver el Cargo B del Capítulo VI.

En los anteriores términos, queda resuelto el cargo C del presente Capítulo VI.

El cargo, pués, prospera como quedó explicado.

SECCION SEGUNDA.- Análisis de los cargos formulados con base en la causal séptima del art. 672 del C. de P.V. de 1970.

En el ámbito de la causal séptima del original artículo 672 del C. de P.C., "contener la parte resolutiva del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias", formula el recurrente en anulación varios cargos que pasan a examinarse, previas algunas anotaciones de tipo general:

El impugnante, antes de la individualización de los cargos, hace ciertas consideraciones generales acerca de la necesidad de referirse a la parte motiva del fallo para poder predicar las incongruencias que luego puntualiza en cada motivo de inconformidad y anota que: "En este sentido, debo insistir en que la SEGUNDA declaración hecha por el Tribunal de que la aplicación que hizo CARBOCOL de la Cláusula 2.55 causó perjuicios al Consorcio, frente a la PRIMERA que declaró válida y eficaz dicha Cláusula, conduciría necesariamente a entender que CARBOCOL abusó de sus derechos, puesto que sólo en esta hipótesis cabría hablar de perjuicios, ya que el uso legítimo de la facultad reconocida en dicha cláusula, no podría en ningún caso dar nacimiento a acción indemnizatoria alguna y a ello se agrega la consideración de que, ni el propio Consorcio ni el Tribunal expresaron en ninguna parte que CARBOCOL no hubiera cumplido con todas y con cada una de las obligaciones a su cargo señaladas en las tantas veces mencionada Cláusula". Textualmente arguye que:

> "Por el contrario, el Consorcio encaminó todos sus esfuerzos hasta llegar al propio alegato de conclusión en el proceso arbitral a negar y comprobar la ineficiencia y nulidad de la Cláusula, reconociendo tácitamente que CARBOCOL le había dado la aplicación pertinente reconocida por vía de excepción al Derecho común a favor de la Administración y que, por ello, ante la ausencia, cuando se celebró el contrato, de una disposición legal relativa a la terminación unilateral, debía aplicarse la del segundo inciso del Artículo 2956 del Código Civil". (fls. 61 y 62 c. 1).

Más adelante, a propósito del estudio del cargo identificado como J.1, la Sala se referirá al punto relativo a cuándo es posible estudiar la parte motiva del fallo en conexión con la resolutiva para efectos de determinar si existe incongruencia entre varias condenas que en la resolutiva se contienen, y a las consideraciones que allí se harán se remite para contestar lo expuesto por el impugnante. Y en cuanto a la contradicción que anota entre la declaración hecha en el numeral PRIMERO sobre validez y eficacia de la Cláusula 2.55 y la del numeral SEGUNDO en el sentido de que por la aplicación de dicha cláusula 2.55 CARBOCOL causó perjuicios al Consorcio, ya la Sala indicó todo el alcance que ella tiene.

I.- Cargo A.1. *" Las declaraciones de los PUNTOS PRIMERO, SEGUNDO Y TERCERO de la parte resolutiva del laudo, son contradictorias entre sí, en cuanto habiendo reconocido en la PRIMERA la validez y eficacia de la Cláusula 2.55 del contrato, declaró en la SEGUNDA, que CARBOCOL, mediante su aplicación, causó perjuicios al Consorcio y le impuso en la TERCERA, como consecuencia, las condenaciones respectivas"*. (fl. 62, C. 1).

SE CONSIDERA:

Lo expresado atrás sobre la no incongruencia entre los numerales PRIMERO y SEGUNDO de la parte resolutiva del laudo, sirve también ahora para desechar el cargo sub-exámine, pues las condenas de que trata el numeral TERCERO no son sino la cuantificación de la impuesta por el numeral SEGUNDO que, a su vez, es la

consecuencia de la validez reconocida, en el numeral PRIMERO de la parte resolutiva del laudo, a la cláusula 2.55, no existiendo, pues, contradicción alguna por este aspecto entre ellas. Sobra, por contera, cualquiera otra argumentación para rechazar el cargo.

No prospera el cargo.

II.- Cargo B.1. *"La declaración de validez y eficacia de la Cláusula 2.55, hecha en el numeral PRIMERO de la parte resolutiva del laudo y la advertencia consignada en la parte motiva del mismo (pág. 11) de que por las razones ya transcritas en las págs. 35, 36, y 37 de este alegato no se accedería a condenar a CARBOCOL a pagar al Consorcio suma alguna por razón del saldo no amortizado del anticipo, son incompatibles de la inclusión que de dicho saldo como gasto o costo reembolsables se hizo para llegar a la condena por $6.732.856.190.oo en el punto 2) del numeral TERCERO de la parte resolutiva".*

Considera el impugnante que como a la condena por $6.732.856.190.oo se llegó mediante una operación matemática consistente en sumar los egresos constitutivos de gastos "pretendidamente reembolsables", en la cantidad de $15.255.414.857.oo entre los cuales figura la partida de $1.016.183.397.oo correspondiente a saldo no amortizado del anticipo, y restar ingresos por valor de $7.401`793.797.oo "para llegar a una diferencia de $7.853.621.060.oo, elevada luego por virtud de su indexación a $8.798.987.340.oo de la cual se dedujo $2.066.131.150.oo...", pugna esta condena "con la propia afirmación de que la Cláusula 2.55 era válida, en cuanto hacía exigible para efectos de producir el pago por compensación del anticipo, el saldo insoluto que fue precisamente lo que hizo en el acuerdo del 13 de marzo de 1987, ya que su inclusión como gasto o costo reembolsable equivale a ordenar el pago que específicamente se había rechazado".

Finaliza el censor argumentando que:

> "De esta suerte, no pueden coexistir simultáneamente la decisión de rechazar la petición del Consorcio encaminada a obtener el pago de la suma que se dedujo del precio de la compraventa por razón del saldo no amortizado del anticipo y la inclusión de la misma partida como gasto o costo reembolsable". (fls. 67 y 68).

El apoderado del consorcio opositor, tras advertir - como consideración general- que el impugnante cuando critica algunas de las conclusiones del trabajo pericial financiero, pasa por alto "el hecho de que sus argumentos (...) configurarían supuestas fallas del dictamen que él ha debido objetar por error grave dentro de la oportunidad procesal prevista para tal efecto, como en varias ocasiones se lo puso de presente el Tribunal de Arbitramento en la parte motiva del laudo" (fl. 150 C 1); replica este cargo argumentando que "la pretendida incompatibilidad no existe por cuanto el Tribunal precisamente descontó de la condena las partidas correspondientes tanto al saldo no amortizado del anticipo como a los posibles intereses e indexación que pudieran causarse sobre las mismas", agrega que lo expuesto por el impugnante

en la sustentación del cargo se endereza a demostrar que en la parte motiva del laudo el Tribunal habría incurrido en error de apreciación del dictamen pericial financiero, "cuestión (...) absolutamente ajena al recurso de anulación" y explica cómo y por qué, en su criterio, "por razones de técnica contable el llamado por los peritos saldo no amortizado del anticipo figura paralelamente como ingreso y a la vez como gasto" (fl. 154, C 1).

SE CONSIDERA

A fin de entender lo expuesto por el recurrente, es necesario para la Sala concatenarlo con lo que se dirá al despachar el cargo fundado en la causal novena, cuando allí se sostiene que los árbitros omitieron la resolución de una cuestión sujeta al arbitramento: la relativa a si era o no procedente la deducción del saldo no amortizado del anticipo.

Allí se verá que no se presentó la omisión anotada, pues el Tribunal al haber sumado dentro de los gastos el valor no amortizado del anticipo y por otro lado, haber incluído entre los ingresos el valor total de compra del equipo de minería ($2.580.784.400.oo), del cual se pagó en efectivo la suma de $1.564.601.003.oo y el resto se compensó con el valor de aquel saldo, en realidad si tuvo en cuenta dicha pretensión, por lo cual no se dejó de resolver sobre ella. De allí que la Sala considere que no debe prosperar, como así lo dirá, la acusación montada con fundamento en la causal novena.

En cuanto si, con la realización de tales operaciones, y con la denegación hecha por el laudo a deducir el saldo no amortizado del anticipo, se presenta una contradicción, encuentra la Sala que si no era procedente dicha deducción (el Laudo en las págs. 61, a 64 y 110 a 113 así lo dice y en la resolución obviamente lo confirma en el numeral CUARTO, cuando deniega las demás pretensiones del Consorcio), no podía por un lado sumar el saldo entre los egresos y por el otro restarlo a los ingresos, pues, dentro de estos el saldo está incluído en la partida de $2.580.784.400.oo, valor de compra de la maquinaria hecha por Carbocol al Consorcio.

No prospera el cargo.

III.- Cargo C. 1. *"Así mismo, resulta incongruente reconocer la validez de la Cláusula 2.55, en cuanto allí se convino que el pago por equipo de minería se haría según su valor en libros basados en las horas reales de operación y en la vida útil estimada (de cuya aplicación resultó el precio acordado en el documento de compraventa del 13 de marzo de 1987) con la inclusión entre los mismos gastos reembolsables a que se refiere el punto 2) del numeral TERCERO de la parte resolutiva, del llamado "costo de los bienes del arrendamiento".*

Lo fundamenta el impugnante en que "Los peritos Financieros a tiempo de hacer las aclaraciones que les solicitaron las partes, y cuando dieron respuesta a la pregunta 2 que les formulé..., indicaron que este llamado Costo de los bienes del arrendamiento" correspondía a la *depreciación* de la maquinaría y del equipo de

minería, calculado sobre el valor de esos bienes y que ascendía al total de las sumas señaladas en las respuestas a las preguntas 3.2, 3.3 y 3.4, o sea, a $5.481.028.916.oo, liquidado hasta el 31 de julio de 1987.

"Como además, entre los ingresos señalados a título de compensación de los gastos reembolsables por el... indicado total de $15.255.414.857.oo incluyeron los Peritos Financieros... y aceptó el Tribunal la suma de $2.584.996.266.oo que correspondía al precio pagado por el equipo resulta claro que, contra lo indicado en el acuerdo del 13 de marzo de 1987 y lo establecido por los propios Peritos Financieros de la maquinaria y el equipo fue de $678.410.592.oo, se pretende obtener por ellos un precio superior al acordado por las partes así:

"Costo de los bienes de arrendamiento (depreciación)	$5.481.028.916.00
"Descuento del saldo no amortizado del anticipo	$1.016.183.397.00
Total.....	$6.497.212.313.00
Menos precio del acuerdo el 13 de marzo de 1987	$2.584.996.266.00
Suma que se pretende obtener por el equipo	$3.912.216.047.00

"Entonces, a pesar de que el Tribunal en los apartes de su sentencia ya comentados y transcritos a tiempo de tratar de la devolución del anticipo, había puntualizado que el convenio del 13 de marzo de 1987 contentivo del contrato de compraventa del equipo, obliga a las partes como lo hacía la cláusula 2.55 en este particular, incluye como gastos reembolsables partidas que aumentan el valor neto de $1.564.601.033.00 pagado al Consorcio y comprensivo de un ajuste en cambios por $1.358.768.683.00 (página 65 adición de los Peritos Financieros) a la cantidad de $3.912.216.047.00 y, lo que es mas inexplicable que perteneciendo el equipo a Domi, por lo cual esta sociedad fue la vendedora, el precio de la compraventa se deduzca de lo que según lo sostiene el Consorcio, debía pagarle por razón del arrendamiento financiero cuando, en sana lógica dicho precio debía sumarse y no restarse a las obligaciones que se dicen contraidas por éste a favor de aquélla.

"En otras palabras: La validez no discutida de la Cláusula 2.55 en cuanto señala el pronunciamiento para determinar el precio de adquisición por parte de CARBOCOL del equipo de minería y de cuya observancia resultó el convenio sobre el particular celebrado el 13 de marzo de 1987, es incompatible con este otro sistema adoptado por los Peritos y por el Tribunal, de fijar como depreciación una suma muy superior a su costo neto en 31 de agosto de 1985

aún reajustado de conformidad con el cambio en la cotización de las divisas utilizadas para comprobarlo, por lo cual las mismas razones consignadas en el capítulo inmediatamente anterior, deben rechazarse tanto la inclusión de este "costo de los bienes del arrendamiento" como su subsiguiente indexación.

"Si no es así y, en cambio, se pretende que no hay contradicción por este aspecto entre las decisiones que comento, se llegaría a la conclusión aún más absurda, de que CARBOCOL adeuda al Consorcio o a Domi el precio del equipo que adquirió, ya que la suma que por tal concepto entregó, se destinó a compensar parcialmente el valor de los gastos que, dentro de esta extraña hipótesis, debía reembolsar o reconocer".

SE CONSIDERA:

Para la Sala el cargo no puede prosperar porque aquí no se presenta ninguna contradicción entre el subnumeral 2) del numeral TERCERO de la parte resolutiva del laudo con otro punto del mismo numeral o con otros numerales del mismo fallo, sino que, como puede apreciarse de la lectura de la fundamentación que hace el impugnante, la incongruencia se alega en relación con el acuerdo sobre compra de la maquinaria celebrado entre Carbocol y el Consorcio y sobre el precio que los Peritos Financieros dieron al monto de la depreciación de la maquinaria y a su indexación. Como se advirtió, *la incongruencia que abre campo a la corrección del laudo bajo la causal séptima tiene que predicarse y fundarse en incompatibilidad entre partes de la resolución tomada por el sentenciador, en forma tal que haga imposible ejecutar una o unas resoluciones porque el cumplimiento de otra u otras lo impedirían.*

Además, ninguna contradicción puede achacarse al reconocerse que el saldo no depreciado del equipo pudiera compensarse con el valor de compra de éste por parte de Carbocol, como en efecto sucedió; el saldo neto recibido en efectivo por el Consorcio al vender la maquinaria ($2.584.996.266.00 - $1.016.183.397.00 = $1.564.601.003.00) se toma como ingreso para efectos de determinar la diferencia entre los gastos operativos y financieros, por un lado, y los ingresos totales del respectivo período, por el otro; así se obtiene el saldo a cargo de quien contrató la obra y a favor del Consorcio.

Si algún error conceptual resultara de las operaciones hechas por los Peritos Financieros (que no fueron objetadas en su oportunidad por el ahora impugnante, anota la Sala) y acogidas sin reservas por el Tribunal, su corrección no es procedente al amparo de la causal séptima porque tal error no hace imposible la ejecución del subnumeral 2) del numeral TERCERO de la parte resolutiva del laudo enfrentado a otros puntos del mismo numeral o a otros numerales de la misma parte resolutiva.

Por otra parte, el aspecto atinente a la indexación del referido rubro se ordenó corregir al depachar el cargo E del Capítulo VI.

El cargo,pues, no se abre paso.

IV.- Cargo D.1 *"Las condenas incluídas en el mismo punto 2 del numeral TERCERO, en cuanto se refieren a gastos o costos presuntamente causados después del 31 de agosto de 1985 son incompatibles con la decisión del Tribunal de aplicar la norma del segundo inciso del Artículo 2056 del Código Civil con la acogida de la pretensión b.3 de que se reembolsaran al Consorcio todos los costos y el valor del trabajo hecho".*

El apoderado del Consorcio reitera, en relación con este cargo, que la causal 7a. no es vía idónea para alegar incompatibilidad entre una declaración contenida en la parte resolutiva del laudo y una norma legal, ni para criticar la forma en que el Tribunal aplicó el artículo 2056 del C.C. y los razonamientos que le sirvieron de apoyo al Tribunal para proferir las decisiones que produjo.

SE CONSIDERA:

No comparte la Sala la objeción que el censor hace en este cargo al laudo, pues los árbitros llegaron a la conclusión, de acuerdo con lo alegado y probado en el proceso que culminó con él, de que *no obstante haber terminado el contrato por la decisión de Carbocol en uso legítimo del poder que le otorgaba la cláusula 2.55,* el Consorcio tuvo que continuar efectuando trabajos y realizando por consiguiente gastos, que según lo explicado contituyen costos reembolsables, según la propia literalidad de aquella estipulación negocial.

Esos costos están representados en "gastos generales de operación", "saldo no amortizado del anticipo", "costos de los bienes en arrendamiento" y "el arrendamiento financiero". (págs. 61 y 62 del laudo).

Al descontarse de ellos una parte correspondiente a costos del arrendamiento financiero, por el rendimiento que se le asignó al anticipo entregado por Carbocol, según se vio al despachar otro cargo examinado precedentemente, resulta claro que el saldo restante corresponde exactamente a costos de la obra, y por lo mismo quedan precisamente comprendidos en la pretensión b.3. y por ello, no puede predicarse incongruencias del laudo por este aspecto.

Se rechaza, en consecuencia, el cargo.

V.- Cargo E.1. *"Las diferentes condenas impuestas a CARBOCOL en los cinco puntos que forman parte del numeral TERCERO de la parte resolutiva, son incongruentes ante la tesis expuesta por el Tribunal y que sirvió para indicar el motivo y determinar el sentido de las dos primeras declaraciones, de que debía aplicarse, en este caso, el precepto del artículo 2956 del código Civil".*

SE CONSIDERA:

Ya se dijo cómo el hecho de que el dueño de la obra (Carbocol en este caso) pudiera, en virtud de lo preceptuado por la cláusula 2.55, hacerla cesar, no significa

que no deba reconocerle al Consorcio todos los costos incurridos por éste para la ejecución de la obra, sin que sea necesario hacer otras consideraciones sobre el particular, pues en varios apartes de este fallo la Sala se ha ocupado del mismo tema.

No existe, pués, incongruencia alguna entre determinar que Carbocol podía y pudo legítimamente ponerle término al contrato y, al mismo tiempo que tuviera y tenga que pagar tales costos; y, esto fue lo que resolvieron los árbitros en virtud de la pretensión b.3. sometida a su decisión, sin que la Sala ahora pueda adentrarse en el aspecto sustancial o de fondo sobre el acierto o desacierto del laudo a este respecto.

No es admisible, por consiguiente, el cargo, por lo que no prospera.

VI.- Cargo F1. *"Tampoco son compatibles con las condenas hechas en los puntos 2) y 3) del numeral TERCERO de la parte resolutiva, el artículo 2056 del Código Civil y la pretensión b.3 en cuanto incluyen gastos o costos financieros que no corresponden al Consorcio sino a Domi".*

En este cargo aparentemente podría tener razón el recurrente en cuanto a gastos y costos financieros que excedieron el 30% de lo pagado sobre préstamo para maquinaria que debió adquirirse con el valor del anticipo y, por consiguiente, estrictamente dicho exceso no podía computarse como costo; pero como quedó aclarado atrás. la rigidez de la técnica del recurso extraordinario de anulación le impide a la Sala introducir correctivos al laudo en cuanto atañe a la aplicación de normativas de carácter sustancial que condene soberamente las apreciaciones y aplicaciones hechas por el Tribunal.

No prospera el cargo.

VII.- Cargo G.1 *"La decisión del Tribunal de condenar a CARBOCOL en el punto 2) del numeral TERCERO de la parte resolutiva al pago de $6.732.856.190.00 por concepto de reparación del daño emergente, es contradictoria con las consideraciones que se hicieron en las páginas 66 y 67 del laudo sobre los costos financieros del anticipo pagado por CARBOCOL de US$8.000.00.oo".*

El recurrente explica que "En la página 67, el Tribunal estimó que el valor del arrendamiento financiero por $5.406.482.064.oo debía disminuirse el costo financiero del anticipo entregado por CARBOCOL, el cual calculó en un 38.26% o, en dinero, en la suma de $2.066.131.150.oo, pero a tiempo de efectuar la deducción respectiva, no restó esa última cantidad de la primera sino de la suma de $8.798.987.340.oo que resulta de su indexación.

> "De esta suerte, contradictoriamente, el Tribunal indexó una de las cantidades que servían de base para hacer la operación respectiva pero mantuvo el valor de la segunda, de manera que, por este aspecto y si se aceptara como válido el planteamiento del Tribunal en la parte motiva, el resultado habría sido diferente". (págs. 55 y 56 de la fundamentación del recurso).

La Sala no puede manejar el fenómeno por la vía de la contradicción, como quedó explicado al desatar el cargo D del capítulo VI de la primera parte y el cargo inmediatamente anterior, pues, existe imposibilidad legal para hacerlo, dado que al proceder de esa manera estaría asumiendo la función de juzgador de segunda instancia, lo cual le es posible. Por demás, al desatar el cargo E del Capítulo VI se dispuso corregir el laudo para descontar la indexación contenida en la condena impuesta por el subnumeral 2) del numeral TERCERO.

El cargo no prospera.

VIII.- Cargo H.1 *"Son contradictorias entre si las condenas impuestas en el punto 2), en cuanto allí se parte de que hasta el 31 de marzo de 1985 los gastos no reembolsados o pérdida experimentada por el Consorcio ascendían a $392.512.591.oo, con la del punto 4) del numeral TERCERO de la parte resolutiva de pagar por concepto de indemnización del lucro cesante causado durante el transcurso del tercer año minero $212.618.750.oo cuyas indexaciones la elevan respectivamente, a $613.816.153.oo y $308.930.598.oo".*

Para mejor entendimiento de este cargo, es necesario transcribir la fundamentación que a propósito dá el recurrente, así:

"Dijeron los peritos financieros al dar respuesta a la pregunta 3.2 que les formuló el Consorcio, que entre los costos y gastos efectuados por este y los ingresos recibidos a CARBOCOL por ventas de carbón, desde la fecha de iniciación del contrato hasta el 31 de marzo de 1985, existía una diferencia de $392.512.591.oo, cifra en la cual los primeros superaban a los segundos y, luego, en su respuesta 3.8, corregida posteriormente en la adición conceptuaron que por la producción estimada de 625.000 toneladas en el período comprendido entre el 1o de abril y el 31 de agosto de 1985 habría obtenido una ganancia o utilidad de $212.618.750.00".

"Salta a la vista que estas dos respuestas reflejadas, como he dicho, en los puntos 2) y 4) del numeral TERCERO, son contradictorias ya que si el tercer año minero terminaba el 31 de agosto de 1985, sólo entonces podía hacerse un balance de sus resultados en el cual, de la aventual utilidad obtenida en los últimos cinco meses, debía deducirse, ante todo, la pérdida que la explotación venía causando hasta el 31 de marzo de 1985".

"Como a los peritos no se les solicitó que hicieran este balance sino que, separadamente, calcularan la pérdida y la utilidad hipotética que ha descrito, es claro que correspondía al Tribunal efectuar el balance de estas dos partidas y no como lo hizo, incluirlas simultánea y contradictoriamente en su laudo.

"A ello se suma que entre los gastos de primer establecimiento señalados también por los Peritos Financieros e incluídos en la condena del punto 1) del numeral TERCERO, se relacionaron, según se ha visto, las cantidades de $65.565.470.00 por concepto de arrendamiento de maquinaria y vehículos a

Domi y $105.211.487.17 por arrendamiento financiero a la misma Compañía, gastos todos ellos que, normalmente, no son diferibles y vendrían a incrementar la pérdida que registraba al 31 de marzo de 1985" (fls. 75 y 76, C. 1).

Para despachar el cargo, SE CONSIDERA:

Es cierto que los peritos - y el laudo lo aceptó- calcularon para el período comprendido entre la iniciación del contrato y el 31 de marzo de 1985 la cantidad de $392.512.591.oo como gastos no reembolsados y esta cantidad resulta de tomar el total de egresos del período ($4.054.988.164.oo) y restarle ventas de carbón en el mismo lapso por $3.662.475.573. (numeral 3, ord. 1).

También es cierto que el laudo reconoce cono lucro cesante (que viene a ser la ganancia o provecho económico causado que dejó de reportar el Consorcio al no haber podido continuar desarrollando normalmente el objeto del contrato, pero aún estando vigente, entre el 31 de marzo de 1985 y el 31 de agosto del mismo año) la suma de $308.930.598.00 (Numeral 3, ord. 4).

La Sala al despachar el cargo B del capítulo VI aceptó que el aspecto denominado por el Tribunal "lucro cesante", en el subnumeral 4) del numeral TERCERO de la resolutiva, en verdad reconoció un derecho adquirido durante la vida del contrato que dista mucho de las meras expectativas que tenía el Consorcio a partir del 1o de septiembre de 1985 hasta el 31 de agosto de 1990. Por ello la Sala no encuentra ningún tipo de contradicción planteada por el cargo, aunque sí recuerda que allá ordenó suprimir la indexación.

El cargo formulado en este sentido no puede prosperar.

IX.- Cargo I.1. *"Por razones semejantes a las expuestas en el capítulo anterior, son contradictorias entre sí las condenas impuestas en los puntos 2) y 4) del numeral TERCERO, en cuanto la primera comprende el reembolso de los costos y gastos en el período del 1o de septiembre de 1985 al 31 de julio de 1987, calculados por los peritos, (sin tomar en cuenta el valor del saldo no amortizado del anticipo), en la cantidad de $8.850.273 088.oo y la segunda incluye un lucro cesante que, por los 23 meses citados valdría $1.504.775.000.oo (respuestas a las preguntas 3.4 del Consorcio y cuadro incorporado al final de la respuesta dada a la pregunta 6 de aclaraciones hecha por el suscrito, páginas 41 del dictamen original y 63 de las aclaraciones de los peritos financieros, acogidas por el Tribunal al proferir estas condenas).*

SE CONSIDERA:

La censura que hace el recurrente consiste en que el laudo siguiendo el experticio de los peritos financieros, admitió o estuvo de acuerdo en que durante el período señalado, los costos para el Consorcio tuvieron un valor total de $9.866.456.485.oo, en parte compensados con ingresos por $3.609.795.359.oo, recibidos por el mismo, y que procedieron de sumas reconocidas por Carbocol en

acuerdo celebrado el 13 de marzo de 1987 (intereses, compra de maquinaria y reubicación de personal) y entoces, dice la posible utilidad que habría podido obtener el Consorcio, si se hubiera seguido ejecutando el contrato hasta el 31 de julio de1987, no podrían incluirse como ingresos los que provenían de la venta del equipo y de la reubicación del personal porque, obviamente, no habría tenido forma, en tales condiciones, de cumplir con sus obligaciones".

En este punto cabe llegar a la misma conclusión que se expuso en el anterior: al haberse justificado el subnumeral 4) de numeral TERCERO que es uno de los extremos de la supuesta contradicción en que se funda el cargo, este no tiene ya razón de ser, pués, resulta superfluo. Recuerdese que al despachar el cargo B del capítulo VI (pág, 49 y ss. de este fallo), la condena impuesta por concepto de "lucro cesante" bajo el subnumeral 4) del numeral TERCERO de la resolutiva del laudo, ha quedado respaldada, aunque disminuída en el aspecto indexación.

Como ya ha retiterado la Sala en otros apartes de esta providencia, es obvio que si la obra se termina antes del plazo pactado, el Consorcio poco y nada podría hacer con la maquinaria que hubo de destinar a su ejecución, pero ello no quiere decir que no deba reconocérsele el valor invertido en ella, en lo no reembolsado por el dueño de la obra, hasta el momento en que se vaya a efectuar el reconocimiento de su costo; esta es la consecuencia jurídico-económica derivada de lo querido por las partes al ajustar la cláusula 2.55, tantas veces invocada en el sub-lite.

Los errores que el recurrente endilga a los peritos, tanto en este cargo como en el precedente, acerca de la estimación de lucro cesante, que no es otro, vuelve a advertirse, que el concepto de lo que hubiera podido ganar el Consorcio", no resultan procedentes dentro de la causal séptima del original artículo 672 del C. de P.C., en que se apoya el recurrente para formularlos, para alegar una pretensa contradicción entre el punto 2) del numeral TERCERO del laudo, *que condena al pago de costos* y el 4) del mismo numeral *que condena al pago de lucro cesante.* Son dos aspectos autónomos, distintos y compatibles.

No prospera, pues, el cargo.

X.- Cargo J.1 *"La condena al pago de $63.862.631.oo hecha en el punto 3) del numeral SEGUNDO, a título de reparación del daño emergente causado por razón de la vigilancia con posterioridad a la terminación del contrato, es contradictoria con el numeral PRIMERO que reconoce la validez y la eficacia de la Cláusula 2.55 y contra la negativa a ordenar el reembolso de los llamados gastos laborales causados en la misma época".*

SE CONSIDERA:

El recurrente comete un error al hablar del punto 3) del numeral SEGUNDO, sin que esto sea óbice para despachar el cargo, pues, es claro que quiso referirlo al numeral TERCERO. Así se deduce claramente del contexto del mismo.

Para fundamentar su acusación alega el actor que " de acuerdo con el artículo 1605 del C.C., la obligación de entregar una cosa, contiene como es lógico la de conservarla hasta su entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir" y que "el Consorcio se decía propietario del equipo que vendería CARBOCOL en el caso de que se aplicara la Cláusula 2.55 y tenedor, además, de las intalaciones de la mina que debía restituírle al finalizar el contrato. Entonces -concluye- es evidente que, de acuerdo con estas ideas elementales, tenía el Consorcio la obligación de conservar las puestas bajo su cuidado debiendo emplear la diligencia adecuada y haciéndose responsable de las pérdidas o deterioros que ellas experimenten, como lo hizo en el caso concreto de algunas máquinas que se encontraron averiadas cuando se realizó la diligencia de entrega".

Plasmado así el argumento, no rima dentro de la causal séptima, porque envuelve una acusación al laudo por no haberle dado aplicación al artículo 1605 del C.C., lo que no es de recibo. Ya se vió que la falta de aplicación de una preceptiva legal de alcance material o sustancial no puede manejarse, en el recurso de anulación, y, mucho menos por esta causal séptima.

El mismo recurrente en la fundamentación del cargo trata de encontrar contradicción entre el hecho de haber negado el laudo el reconocimiento de los costos laborales en que incurrió el Consorcio, por las demoras en obtener la autorización para licenciar el personal y la condena al pago por razón de la vigilancia. También aquí se está ante dos conceptos autónomos y distintos que admiten resoluciones diferentes.

Tampoco es admisible el cargo con base en este argumento, porque la pretendida contradicción estaría entonces montada no en el reconocimiento de la validez de la cláusula 2.55, que autorizaba expresamente a quien encargó la obra para ponerle fin en cualquier momento, sino entre unas razones dadas en la parte motiva del laudo para reconocer unos costos de personal alegados pero sí unos costos de vigilancia.

La pretendida falta de congruencia entre la parte resolutiva y la parte motiva no es, en principio, causal de nulidad de un laudo. La incongruencia ya se dijo, se predica respecto de disposiciones contradictorias de la parte resolutiva y se justifica, en tales casos, la reforma del laudo, porque de mantenerse no se podrían aplicar simultaneamente las varias decisiones antagónicas.

Se ha dicho que *en principio* la contradicción del laudo para que sea anulable por la vía de la causal séptima, ha de buscarse entre disposiciones contenidas en la parte resolutiva y no entre las de ésta y la motiva, salvo en condiciones muy particulares en que se torne imposible prescidir de la parte motiva.

En el sub-lite no se da contradicción entre el punto 3) del numeral TERCERO y el numeral PRIMERO, porque, permite apreciar que la facultad que da a quien ha contratado la ejecución de la obra, de ponerle fin en cualquier momento, antes del vencimiento del plazo, no significa que lo pueda hacer sin consecuencias económicas.

La cláusula citada, al mismo tiempo que le otorga el derecho de terminación le impone la obligación de pagar los costos allí enumerados, hasta el momento en que efectivamente termine el trabajo. Si las partes en un contrato de la especie indicada, expresamente pactan dicho poder no pueden pretender, por esa sola razón, escapar a las consecuencias que el uso de ella le acarrea.

De otra parte, tampoco pude predicarse incoherencia del hecho de condenar al pago de los costos en que incurrió el Consorcio no solo hasta cuando se hizo uso de la facultad de terminación y se le comunicó a aquel, sino hasta cuando Carbocol recibió efectivamente la obra, pues hasta ese momento estaba obligado el contratista.

No encuentra la Sala incompatible la razón que tuvo el laudo para no obligar a Carbocol a pagar los costos que le representó al Consorcio el no poder liquidar a sus trabajadores en la debida oportunidad, por no recibir autorización de las autoridades para su licenciamiento o despido colectivo, y la obligación de pagar en costo de vigilancia de la obra en el período que ocurrió entre la terminación del contrato y el recibo de la misma, pues mientras lo primero no era de cargo de Carbocol lo segundo si le correspondía.

No prospera, en consecuencia, el cargo.

XI.- Cargo K.1. *"Las condenas en los puntos 4) y 5) del numeral TERCERO son contradictorias con los puntos 1) y 2) del mismo numeral, con la decisión tomada por el Tribunal respecto del mayor valor de los "trabajos relacionados" y con la afirmación, hecha por los peritos financieros y compartida tácticamente por el tribunal, de que el cálculo de la ganancia o provecho económico que había dejado de reportar el Consorcio a partir del 31 de marzo de 1985, consultaba como una de sus fuentes de información las declraciones de renta de los años 1982, 1983 y 1984".*

Al fundamentar este cargo el recurrente censura apreciaciones de la prueba pericial, lo que no es de recibo en este recurso, pues, resulta mas propio de un alegato de instancia y, mas exactamente, de contradicción de dicha probanza. (art. 238 del C.P.C.).

Además, estima la Sala que las condenas a pagar "gastos de primer establecimiento" y "gastos no reembolsados" desde la iniciación de las obras y hasta el 31 de julio de 1987, y que constituyen reconocimiento del daño emergente (condenas a las que se refieren los puntos 1) y 2) del numeral TERCERO de la parte resolutiva del laudo) no resultarían, por si solas, contradictorias con las de pagar lucro cesante, o sea lo que hubiere podido ganar el Consorcio, (a lo que proveían los puntos 4) y 5) del mismo numeral, pues se trata de conceptos distintos, que no se oponen entre sí, como precedentemente se dejó explicado. Aún en el evento de mantenerse incólume todas las condenas impuestas por el laudo, no se presentaría entre ellas incompatibilidad por obedecer a conceptos autónomos y distintos.

El hecho de que la Sala, al examinar algunos de los cargos, formulados uno bajo el amparo de la causal séptima y otros bajo los términos de la causal octava, haya examinado la forma como se llegó en el Laudo a una determinada condena, no contradice lo dicho arriba acerca de la improcedencia de formular impugnaciones a la prueba pericial, o de formular alegatos propios de instancia, con ocasión del recurso de anulación, pues cuando se ha visto precisada a hacerlo ha sido por la necesidad de determinar si hubo o no un fallo ultra petita (causal octava), pero cuidándose de no convertirse en sentenciador de instancia, pues esto le está vedado dentro de los límites rigurosos del recurso extraordinario de anulación, los cuales, así como sus fines, se señalaron al inicio de la presente proyidencia.

Por último, como quedó evidenciado atrás, al prosperar el cargo B del capítulo VI (págs. 46 y ss. de este fallo) al corregirse el laudo para dejar sin valor ni efecto la condena que por "lucro cesante" había proveído en el numeral 5) del numeral TERCERO de la resolutiva, el cargo que ahora se estudia queda eliminado por sustracción de materia en uno de los extremos de la denunciada contradicción.

No prospera el cargo.

XII.- Cargo L.1: *Alega también el recurrente, que el laudo incurrió en errores aritméticos* porque al calcular el lucro cesante causado durante el transcurso del tercer año minero, el Tribunal acogió la tesis de los Peritos Financiero acerca de que se llegaría a la explotación programada de 1.500.000 toneladas por lo cual pudieron afirmar que en el período comprendido entre el 1o de abril y el 31 de agosto de 1985 se habrían podido explotar por el Consorcio un total de 625.000 toneladas, *cifra que se tomó como uno de los factores de cálculo del lucro cesante, multiplicándolo* por la utilidad señalada en la explotación de cada tonelada. Anota, pues, que estas 625.000 toneladas hicieron parte de aquellas 1.500.000.

Agrega que el plan de minería para el tercer año revelaba que en los últimos cinco meses sólo se producirán 611.694 toneladas y que los certificados de producción muestran que a partir del mes de diciembre de 1984 la producción fue de 80.000 toneladas en diciembre, 92.000 en enero y 120.000 en febrero "advirtiéndose que en los dos últimos períodos se incluía la cantidad de toneladas que provengan de la recuperación del carbón destapado", por lo cual dice:

"No era cierto pues, que se hubiera cumplido el llamado régimen de marcha que implicaba la producción mensual de 125.000 toneladas, ni lo era tampoco que en dicho cálculo en que se adoptó el plan de emergencia, ni que el total previsto para los cinco meses fuera de 625.000 toneladas, todo lo cual condujo a un error aritmético, pues las cifras verdaderas son las siguientes:

"Producción total prevista en el plan de minería para los últimos cinco meses 611.694 tn

"Carbón recuperado del destapado entre el 1o de abril y el 31 de agosto de 1985	377.000
"Carbón producido en el mes de agosto de 1985 y pagado a tarifa plena	18.000
"Total producción real en los cinco meses	395.000 tn.
"Diferencia que equivaldría a la hipotética producción no realizada en los últimos 5 meses del tercer año minero	216.000 tn.

"Si el anterior resultado se restara, como debería hacerse dentro de la hipótesis de los Peritos Financieros y del Tribunal, el déficit de producción registrado en los meses de diciembre, enero y febrero y que asciende a 83.000 toneladas, se revela aún mas claramente los errores aritméticos en que incurrió el Tribunal en estos cálculos". (fls. 87 a 89, C1)

Presentada así la acusación encuentra la Sala que no es procedente porque la causal 7a de anulación se refiere al caso de que *la parte resolutiva* del laudo contenga errores aritméticos o disposiciones contradictorias, y *en dicha parte resolutiva no existen tales errores como que no se está efectuando en ella una érronea operación aritmética, ni se está hablando de menos cuando era mas, ni se multiplica cuando debería dividirse o viceversa, ni existe equivocación alguna entre las expresiones numéricas y las literales. Dicho de otra manera, no contiene el laudo el llamado "error de cálculo".*

Los supuestos errores aritméticos a que se refiere el recurrente, como fácilmente se deduce de la argumentación transcrita, aparte de no señalarse como contenido en la parte resolutiva del laudo, son en realidad disparidades de concepto; constituyen apreciaciones hechas por el Tribunal quien retomó las formuladas por los Peritos Financieros acerca de cuál era la utilidad que hubiera podido tener el ejecutor de la obra y cuál el carbón que para tal efecto se habría podido producir, de no haber ocurrido la terminación anticipada del contrato por la decisión unilateral de quien encargó dicha obra. Esta clase de inexactitudes, si se llegaren a evidenciar, no pueden caer dentro de la órbita del error aritmético, contenido en la parte resolutiva del Laudo, único con virtualidad para abrir el camino a su reforma por esta causal.

Tan evidente es que se trata de una disparidad de concepto y no de un error en que se hubiera incurrido al efectuar una operación aritmética, que en la formulación del cargo el propio recurrente habla de una contradicción entre los puntos 2), 4) y 5) del numeral TERCERO derivada de la aceptación por los árbitros de estar en presencia de un contrato de ejecución sucesiva, puesto que "si fuera a precio único

y total, la liquidación de los costos y gastos y de las hipotéticas utilidades, no podría hacerse en la forma indicada...".

Pero, adicionalmente y siguiendo bajo la misma óptica que ha conducido a la Sala para rechazar los cargos anteriores, el que ahora se estudia también carece de razón por cuanto al haber prosperado el cargo B del capítulo VI (págs. 46 y ss. de éste fallo), en cuanto a la condena por "lucro cesante" del subnumeral 5) del numeral TERCERO de la resolutiva del laudo, desapareció uno de los extremos de las supuestas contradicciones.

Conforme a lo expuesto, se desecha el cargo.

SECCION TERCERA.- Cargo basado en la causal 9a del original art. 672 del C.P.C.

Considera el recurrente, por último, que existió una cuestión sujeta al arbitramento que no resolvió el laudo y aun cuando no mencionó la causal en la que lo funda, es obvio que ella es la novena del original artículo 672 del C. de P.C., a saber: "Haberse omitido la resolución de cuestiones sujetas al arbitramento".

Según el impugnante, el Consorcio solicitó que el Tribunal decidiera "Si era o no procedente la deducción del saldo no amortizado, hecha por CARBOCOL del precio de la maquinaria".

El recurrente encuentra esta pretensión (acerca de la deducción del saldo no amortizado del anticipo), en el documento suscrito simultáneamènte con el "Acta de Desarrollo de la Cláusula Compromisoria", el 13 de marzo de 1987, "en el cual, de manera específica, se manifestó que debería decidir el Tribunal" sobre la procedencia o improcedencia de dicha deducción.

Para el Tribunal, de acuerdo con la cláusula 2.55 del contrato que dio lugar a las diferencias que luego se llevaron a su decisión, Carbocol tenía derecho a que contra cualquier saldo que resultara debiendo se acreditaran cualesquiera sumas adecuadas por el Consorcio por anticipos, por lo cual, como era evidente que al terminarse el contrato existía un saldo no amortizado de los US$8.000.000.oo del anticipo, éste "se hacía exigible para efectos de producir el pago por compensación, a que hubiera lugar, con lo que Carbocol pudiera quedar a deberle al Consorcio con causa en el contrato" y esto, "Precisamente, fue lo que se hizo en el acuerdo del 13 de marzo de 1987, de suerte que no tiene fundamento alguno la reclamación que con base en esas circunstancias alega el Consorcio". (págs. 111 y 112 del laudo).

Para despachar el cargo, SE CONSIDERA:

Es cierto que en el arreglo parcial de diferencias entre Carbocol y el consorcio, celebrado el 13 de marzo de 1987, se convino la compra por el primero, del equipo de minería por la suma de $2.580.784.400.oo de cuyo valor se descontó la cantidad de $1.016.183.397.oo correspondiente al saldo no amortizado del anticipo, por lo cual Carbocol sólo pagó al Consorcio el remanente de $1.564.601.003.oo.

En el citado acuerdo del 13 de marzo se dejó constancia expresa en el sentido de que las diferencias nacidas de la terminación del contrato "sobre los temas que especificamente se relacionaron en la Cláusula Primera" (compraventa del equipo de minería con deducción de las operaciones causadas hasta el 31 de agosto de 1985, los costos de reparación, de ciertos elementos del equipo auxiliar y el saldo no amortizado del equipo; compraventa de otros activos; diferencia de precio por mayor distancia y por mayor ratio; reconocimiento de una suma por reubicación de personal; diferencia en la densidad del carbón y reconocimiento de pérdidas de carbón), quedaban finiquitadas y que subsistían y se someterían al Tribunal de Arbitramento las relativas a la eficacia y validez de la cláusula 2.55, el reembolso o no de los costos financieros causados por los créditos contratados por el Consorcio para adquirir los equipos de minería y otros activos, el valor del carbón que quedó destapado en 31 de agosto de 1985, si era o no procedente "la deducción de la suma que, como anticipo, restó Carbocol" del valor de compra de la maquinaria y la deducción de los anticipos recibidos por el Consorcio para el pago de indemnizaciones por terminación de Contratos de Trabajo del personal y para el pago el Contrato de Celaduría, así como cualquier otro aspecto que el Consorcio considerara no resuelto.

De lo anterior resulta, entonces, que si bien en virtud de dicho convenio, el de 13 de marzo de 1987, del valor de compra de la maquinaria se restó el saldo no amortizado del equipo, la procedencia o no de esa deducción quedó referida a lo que sobre el particular decidiera el Tribunal de Arbitramento, el que, como se vio, en la parte motiva del laudo consideró que la deducción era correcta de acuerdo con la Cláusula 2.55 y que por consiguiente el Consorcio no tenía razón en su reclamación sobre este punto, la causal se negaba, como también negaba la relativa a concederle el pago de las indemnizaciones por terminación de contratos de trabajo, *por lo cual hay que entender que lo expuesto en las motivaciones del laudo sobre estos puntos quedó incluído dentro del numeral CUARTO de la parte resolutiva en donde se decidió denegar "las demás pretensiones del Consorcio OMI, PRODECO, AUXINI, a que se refieren los documentos del 13 de marzo de 1987".* Esta conclusión resulta evidente si se tiene en cuenta además que a lo largo del laudo no existe ninguna otra motivación al respecto.

Para la Sala no existe, entonces, la omisión de que se acusa al Laudo.

Sin embargo de lo anterior, el recurrente en nulidad del laudo, considera que cuando el Tribunal incluyó el saldo no amortizado del anticipo, entre los costos que debían reembolsarse al Consorcio de conformidad con la pretensión b.3 no solo incurrió en omisión sino también en una contradicción.

La alegada contradicción quedó ya examinada al despachar otro cargo, además de que no puede ser estudiada en relación con una acusación por la causal novena.

No prospera , pues, el cargo.

CAPITULO VI

OBSERVACIONES FINALES

Dentro de la función pedagógica judicial que han de cumplir esta clase de decisiones, la Sala no puede menos que llamar la atención sobre los siguientes aspectos:

1) Resulta criticable la conducta asumida por Carbocol, quien pese a tener a su favor la cláusula 2.55 que le permitía dar por terminado el contrato en forma unilateral, renunció prácticamente a su ejercicio y permitió que dicho extremo se subsumiera dentro de lo que podía ser materia arbitral, en desarrollo de la cláusula compromisoria distinguida con el No 2.67.

Debió Carbocol, mediante acto administrativo debidamente motivado, declarar la terminación del; contrato por razones de oportunidad, conveniencia u orden público y, en ese mismo acto, ordenar su liquidación *dentro de los precisos marcos indicados en la cláusula 2.55.* Liquidación que se había podido hacer de común acuerdo o en forma unilateral, en caso contrario.

Pero en todo caso, Carbocol no estaba facultado para renunciar al poder que le otorga esa cláusula 2.55. Su conducta permisiva, débil y ambigua propició que la controversia se llevara a otro campo, como si Carbocol no hubiera cumplido el contrato. No otro fue el alcance del laudo, el que confunde, en el fondo, una terminación por conveniencia con una situación de incumplimiento.

La terminación por conveniencia, según la jurisprudencia de esta Sala, era posible aún antes de la ley 19 de 1982 que la permitió expresamente. A este respecto, en sentencia de 11 de mayo de 1990 (proceso No 4217; Actor: Pedro Jiménez Vargas, Ponencia Dr. Carlos Betancur Jaramillo), se dijo:

> "La terminación unilateral el contrato por parte de la administración ha correspondido siempre al poder exorbitante que la ley le otorga a ésta; terminación que puede adoptar en términos generales la fórmula de la caducidad, por causales preestablecidas; puede obedecer al hecho de haberse celebrado el contrato con violación del régimen de incompatibilidades e inhabilidades; y puede deberse a razones de conveniencia y orden público.
>
> "El decreto 150 de 1976 no contempla expresamente sino las dos primeras formas; vale decir, la caducidad y la terminación como sanción por violación del régimen de incompatibilidades.
>
> "La terminación unilateral de un contrato por parte de la administración, como régimen de excepción que es, impone en principio, interpretación restrictiva y con sujeción a la ley.

"Pese a este y aunque nada haya dicho el citado decreto 150 sobre terminación por razones de conveniencia o de interés público, forma autorizada posteriormente por el artículo 19 de decreto 222 de 1983 en armonía con el artículo 8 de la ley 19 de 1982, *la administración también podía hacerlo en aquel entonces haciendo prevalecer el interés general sobre el particular. En tal evento, el contratista debía ser indemnizado por virtud del rompimiento el principio de la igualdad frente a las cargas públicas, aunque no mediara culpa ni incumplimiento de la administración".* (Subraya ahora la Sala).

Pero la mayoría de los aspectos tratados son de fondo y no pueden reestudiarse dentro de los estrechos márgenes que permiten el recurso de anulación.

2) El contrato celebrado entre Carbocol y el consorcio es típicamente administrativo. Por eso mismo no puede entender la Sala cómo se decidió el litigio con base exclusivamente en el artículo 2056 del c.c. (contrato para la confección de una obra material), de limitados efectos y aplicable entre particulares para la ejecución de una obra (un vestido, una estatua, un cuadro, una carretilla, un coche de caballos, etc, etc,).

3) La exégesis de la cláusula 2.55 no permite reconocer el lucro cesante, propiamente dicho, máxime cuando la terminación se hizo por razones de conveniencia, pues así lo quisieron las partes al suscribir el negocio jurídico que la contiene.

4) La terminación por razones de oportunidad, conveniencia u orden público ha de tener, para la parte que ejerce ese poder exorbitante, diferencias sustanciales en cuanto a sus efectos, porque no es concebible que sean similares a los que nacen del incumplimiento.

Es apenas obvio que así sea; y, no se entiende, como parece desprenderse del laudo, que los efectos se hubieran asumido a los propios del incumplimiento.

5) Condenar al lucro cesante cuando el contrato se termina por las causas enunciadas es hacer nugatorio el ejercicio de ese poder exorbitante, porque, de esa forma, la administración tendría igualmente que reconocerle al contratista lo que dejó de ganar (consecuencia del incumplimiento); con lo cual se desnaturaliza la razón de conveniencia, de oportunidad o de orden público que le permite a la administración terminar, sin culpa de su parte, un contrato administrativo.

6) Resulta inexplicable que las pequeñas glosas que los árbitros le hacen al dictámen pericial no haya dado lugar a la tipificación de error grave, lo cual les habría permitido seguramente arribar a conclusiones diferentes. También resulta inexplicable que en el fondo le hayan dado plena credibilidad a ese dictámen, el que probatoriamente deja mucho que desear en cuanto a fundamentación, firmeza y explicaciones. Estos defectos, tornan ineficaz la probanza y no resulta oponible ni al Juez ni a las partes, aún sin haber sido objetada por error grave.

Se observa que no se dan mayores razones para concederle el mérito probatorio que se requería; en otros términos, faltó ponderación razonada a las peritaciones y trabajos que mas bien parecen operaciones de auditoria antes que típicos experticios.

7) Tampoco se entiende porqué la liquidación del contrato no se hizo por Carbocol oportunamente y se permitió, en cierto sentido, que continuara su ejecución dos años más, con cambio de su objeto en buena parte y lo más grave, que todo se hubiera precipitado en vísperas de la caducidad de la acción contencioso administrativa con que hubiera tenido que vérselas el Consorcio para debatir ante esta jurisdicción la supuesta ilegalidad de la terminación anticipada y sus consecuencias económicas.

CAPITULO VII

CONCLUSIONES Y FALLO

Habiendo encontrado próspero parcialmente los cargos que el impugnante distingue en su escrito de sustentación del recurso como 'Cargo B", del Capítulo VI, y "cargo C" del mismo Capítulo VI, corresponde a la Sala, en acatamiento de lo que dispone el penúltimo inciso del original artículo 672-8 del C. de P.C., ordenar la *corrección del laudo acusado.*

No habrá, de conformidad con el precitado inciso del original artículo 672 del Estatuto Procesal Civil, condenación en costas para ninguna de las partes, toda vez que algunos de los cargos endilgados se abrieron paso.

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

F A L L A:

PRIMERO.- NIEGASE la pretendida anulación del laudo arbitral de fecha cuatro (4) de marzo de mil novecientos ochenta y ocho (1988) proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias suscitadas entre el consorcio integrado por las sociedades "Desarrollo de operaciones Minera, DOMI", 'C.I. PRODECO Productos de Colombia S.A." y "Empresa Auxiliar de la Industria AUXINI S.A." de una parte, y "Carbones de Colombia S.A. CARBOCOL", de la otra parte.

SEGUNDO.- CORRIGESE el laudo arbitral de fecha cuatro (4) de marzo de mil novecientos ochenta y ocho (1988), proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias suscitadas entre el Consorcio integrado por las sociedades "Desarrollo de operaciones mineras, DOMI", "C.I. PRODECO Productos de colombia S.A." y "Empresa Auxiliar de la Industria AUXINI S.A." de una parte, y "Carbones de Colombia S.A. CARBOCOL", de la otra parte, como se precisa en las resoluciones siguientes:

TERCERO.- a) El subnumeral 1) del punto TERCERO de la parte resolutiva del laudo arbitral de 4 de marzo de 1988, quedará así: Por concepto de reparación del daño emergente causados por los gastos denominados de Primer Establecimiento, la cantidad de TRESCIENTOS DOS MILLONES CINCUENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS ($302.059.894.OO).

b) El subnumeral 2) del punto TERCERO del laudo quedará así:

Por concepto de reparación del daño emergente causado por los gastos no reembolsados en que incurrió el Consorcio en los períodos comprendidos desde la iniciación del contrato hasta el 31 de julio de 1987, la cantidad de SEIS MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y UN MIL CIENTO VEINTISEIS PESOS ($6.256.661.126.OO).

c) El subnumeral 3) del punto TERCERO del laudo quedará así:
Por concepto de reparación del dato emergente causado por razón de vigilancia con posterioridad a la terminación del contrato la cantidad de CINCUENTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA MIL TRESCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS ($58.850.333.OO).

d) El subnumeral 4) del punto TERCERO del laudo quedará así:
Por concepto de indemnización del lucro cesante durante el transcurso del tercer año minero, la cantidad de DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL PESOS ($234.375.000.OO).

e) El subnumeral 5) del punto TERCERO del laudo quedará así: NIEGASE la indemnización a título de "lucro cesante" por el período comprendido entre el 1 de septiembre de 1985 hasta la terminación normal pactada en el contrato.

CUARTO.- NO SE CORRIGE NI ADICIONA en lo demás el laudo arbitral impugnado.

QUINTO.- SIN COSTAS, durante el recurso extraordinario de anulación.

SEXTO.- Expídase las copias, con destino a las parte y al Ministerio público, con las constancias de ejecutoria y en los términos del art. 115 del C. de P.C.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, CUMPLASE y DEVUELVASE al presidente del tribunal de Arbitramento para lo de su cargo.

Se hace constar que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha 14 de mayo de 1992.

Daniel Suarez Hernandez, Presidente de la Sala, *Carlos Betancur Jaramillo, Jairo Parra Quijano, Julio Cesar Uribe Acosta,Ruth Stella Correa Palacio,* Secretaria.

EXCEPCION DEL CONTRATO NO CUMPLIDO / FALSA MOTIVACION

Cuando en los actos acusados el incumplimiento del contrato se atribuyó exclusivamente a la firma demandante, sin mencionar ni resaltar la falla que sobre la escogencia de la fuente de materiales tuvo el ente oficial, así como algunos factores imputables al fondo Vial Nacional y a la interventoría, tal calificativo implica inexactitud sobre aspectos de indudable importancia en el contrato y que conducen a la Sala al convencimiento de que los actos acusados se motivaron equivocadamente. Si en un contrato bilateral se presenta incumplimiento recíproco de los sujetos contratantes, en principio ninguno de ellos podrá pedir indemnización de perjuicios, ni exigir la cláusula penal y de ninguno se predican las consecuencias derivadas de riesgos sobrevivientes. Desde luego en cada caso se deben apreciar la clase de obligaciones y su proyección en el contrato, de tal forma que se establezca un real equilibrio entre las obligaciones cuyo respectivo incumplimiento pueda generar la excepción de contrato no cumplido, criterio expresado por la Sala en febrero de 1984, con ponencia del Consejero José Alejandro Bonivento Fernández.

LIQUIDACION DEL CONTRATO-Término/ **CONTRATO ADMINISTRATIVO** -Incumplimiento

Como término de liquidación del contrato es 'plausible el de cuatro meses; dos, a partir del vencimiento del contrato para que el contratista aporte la documentación adecuada para la liquidación y dos para que el trabajo se haga de común acuerdo. Si se vence este último deberá proceder a la liquidación unilateral" (Exp. 3615, enero 29 de 1988). Estima la Sala que similar criterio puede adoptarse para el ejercicio del poder exorbitante de aclarar el incumplimiento e imponer la pena respectiva, para lo cual debe la administración evaluar el desarrollo contractual y los factores inherentes

inherentes al mismo, que le era o no justificado. Corresponde entonces al fallador examinar en cada caso particular las consideraciones de la administración para aplicar el criterio interpretativo aquí consignado.

CONTRATO ADMINISTRATIVO/ INDEMNIZACION DE PERJUICIOS.

Con respecto a los perjuicios reclamados, se observa que la sociedad actora no pidió en su libelo que se declarara el incumplimiento del contrato por parte de la administración, declaratoria ésta indispensable, en este caso, para que eventualmente proceda el reconocimiento indemnizatorio por perjuicios originados en tal incumplimiento, diferentes a los causados por actos administrativos viciados de nulidad, los que generalmente conducen a la inefectividad de las garantías de incumplimiento y de la. cláusula penal, o al reembolso de sus importes si fuere el caso.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Tercera.- Santafé de Bogotá D.C., quince de mayo de mil novecientos noventa y dos

Consejero ponente: *Daniel Suárez Hernández*

Referencia: Expediente No 5950; Actor: Sánchez Ingenieros Limitada.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por las dos partes contra la sentencia de 23 de junio de 1989 proferida por el Tribunal Admnistrativo de Antioquia, mediante la cual se dispuso:

"PRIMERO: Anúlanse las resoluciones números 06862 y 3335 del 4 de agosto de 1986 y 6 de mayo 1987, en su orden, proferidas por el ministro de Obras públicas y Transporte, por las cuales se declaró el incumplimiento del contrato número 316 de 1984, celebrado entre la sociedad Sánchez Ingenieros Limitada y el Fonso Vial Nacional, para la pavimentación del Sector La Unión-La Frontera y el acceso a Mesopotamia, de la carretera La unión Sonsón, Departamento de antioquia.

"SEGUNDO: Como consecuencia de la nulidad a título de restablecimiento del derecho, declárese que la Sociedad Sánchez Ingenieros Limitada no está obligada al pago de la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato referido, y que la administración no podrá hacer la garantía de cumplimiento.

"TERCERO: Declarar no aprobada las excepciones propuestas.

"CUARTO: Dése cumplimiento a esta sentencia en los términos del artículo 176 del Decreto 01 de 1984". (Fol.497).

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1o.- Las pretensiones.-

La firma Sánchez Ingenieros Limitada, por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, mediante demanda presentada el 18 de septiembre de 1987 ante el Tribunal Administrativo de Antioquia contra el Fondo Vial Nacional representado por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, formuló las siguientes peticiones:

"2.1 Que se declaren nulas las resoluciones Nos. 06862 del 4 de agosto de 1986 y la No 3335 del 6 de mayo de 1987, proferidas por el señor ministro de Obras Públicas y Transporte como representante legal del FONDO VIAL NACIONAL, mediante la cual se declara el incumplimiento de la sociedad "SANCHEZ INGENIEROS LTDA de sus obligaciones derivadas del contrato No 316 de 1984" celebrado entre el FONDO VIAL NACIONAL y el demandante, para la pavimentación del sector de La Unión- La Frontera y el acceso a Mesopotamia de la carretara La Unión- Sonsón.

"2.2 Que además de la anulación que se impetra en el numeral precedente, se ordene el restablecimiento del derecho conculcado de mi cliente, ordenando el pago de todos los perjuicios morales y materiales que el acto administrativo demandado ha inferido y que se prueben en el negocio o mediante el trámite incidencial". (Fols. 235).

2o.- Fundamento de hecho.-

Aparecen detalladamente relacionados en la demanda a los folios 235 a 248. De los mismos, en la sentencia recurrida se hizo la siguiente síntesis:

"Gira la controversia en torno a lo siguiente:

"1o) La entidad demandante sostiene que el Fondo Vial Nacional incumplió las obligaciones contraídas según contrato número 316/84 Pavimentación del Sector La Unión - La Frontera y el acceso a Mesopotamia, de la carretera la Unión Sonsón, así:

"1.1 Definición de la cantera o fuente de materiales. En el pliego de condiciones se expresaba que la fuente de materiales sería la conocida como las Palmas (R.S 100), que cumplía, en cuanto a calidad y cantidad, con las especificaciones de construcción.

"De acuerdo con los estudios previos hechos al contratista y por el ministerio de Obras, antes de iniciar la ejecución de los trabajos, la Cantera las Palmas no era la más apta, miradas las cosas desde un punto de vista técnico y económico, cuando existían alternativas más razonables como la cantera "Los Naranjos".

"A pesar de lo anterior, que incluso, se repite, fue conclusión también del ministerio de Obras, la interventoría insistió en que los materiales debían extraerse de la cantera "Las Palmas", después de que ya había instalado sus equipos en "Los Naranjos", órden por demás tardía y antitécnica, que perjudico el avance de los trabajos toda vez que la explotación a más de ser antieconómica, no dio como resultado la cantidad y calidad de los materiales esperados.

"1.2 Falta de diseños y de carteras topográficas, pues la interventoría varió totalmente el proyecto y la entrega de los planos de contrucción y de las carteras topográficas oportunamente, impidió que el contratista programara sus inversiones y trabajos en forma racional, en orden al cabal cumplimiento del contrato.

"1.3 Falta de zonas de carretera, esto es, que se presentaban problemas en el acceso a las zonas de trabajo, por el no levantamiento de las cercas.

"1.4 No concesión de suspensión del plazo a que tenía derecho en virtud de las anteriores circunstancias.

"La administración, a pesar de todo lo anterior, expidió las resoluciones impugnadas extemporáneamente, causando con ellas grave perjuicio económico reflejado en la efectividad de la cláusula penal, garantía de cumplimiento, costos en la explotación de la cantera, lucro cesante del equipo no utilizado adecuadamente, el porcentaje de AIU que dejó de percibir por la obra que no pudo ejecutar, etc.

"2o La cantidad demandada sostiene que el incumplimiento del contratista de sus obligaciones, como se demostrará en el proceso, fueron la causa de las resoluciones impugnadas, incumplimiento que se manifiesta fundamentalmente en:

"2.1 Insuficiencia de equipos y maquinaria para garantizar un adecuado programa de trabajo.

"2.2 Incumplimiento de sus obligaciones laborales.

"2.3 Métodos de construcción inadecuados y dosorganizados de la obra.

"2.4 Incumplimiento del plazo para la entrega de las obras.

"2.5 Explotación de una cantera diferente a la indicada en los pliegos de condiciones, sin que mediara previo y expreso consentimiento de la interventoría y de la entidad contratante.

"2.6 Respecto de la falta de diseños, canteras y zonas de de trabajo, se afirma que no fue esta la verdadera causa del retardo en la entrega.

"Todos estos hechos los agrupa en dos excepciones:

"Incumplimiento de las obligaciones del contratista e inexistencia de la obligación de indemnizar perjuicios". (Fols. 484 a 486).

3o Actuación procesal.-

El auto admisorio de la demanda le fue notificado al Secretario General del ministerio de Obras Públicas y Transporte (Fol.288) y en el mismo acto de la notificación designó apoderada quien contestó el libelo demandatorio en los términos del memorial que corre a los folios 289 a 294, donde además de oponerse a las pretensiones de la sociedad actora, propuso las excepciones de "incumplimiento de las obligaciones del contratista" y de "Inexistencia de la obligación".

Por auto de 6 de febrero de 1988 se decretaron las pruebas solicitadas (Fols. 295 - 296), las cuales evacuadas en su mayoría, permitieron correr traslado a las partes para que elegaran de conclusión, como en efecto lo hicieron: la actora en su escrito obrante a los folios 467 a 475 y el establecimiento demandado en memorial que corre a folios 457 y 464.

Sostuvo la firma demandante que se había declarado el,incumplimiento del contrato por fuera del término que considera hábil la jurisprudencia del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, ya que lo declaró a los doce meses y veinticuatro días después de expirado el plazo de ejecución de las obras, cuando ello solo es posible dentro del plazo máximo de cuatro meses".

Por otra parte, reitera los planteamientos de la demanda con relación a la anulación de las resoluciones acusadas, haciendo referencia a "La arbitrariedad de las providencias al desconocer que la entidad fue la causante del incumplimiento del contratista por insistir en la explotación de una fuente de materiales inapta para la construcción de la obra". También alude a "La motivación inexacta (y por tanto falsa) de las resoluciones demandadas sobre el asunto de los diseños y planos definitivos para la ejecución de la obra" y, por último, al referirse a la "evaluación de los perjuicios", por los costos y daños a cargo del contratista, solicita "disponer que aparte del pago de los perjuicios que están probados en el proceso, se regulen por el incidente procesal respectivo, con posterioridad a la sentencia los demás costos y perjuicios causados al demandante que aún no se han evaluado".

La apoderada de la entidad demandada presentó como alegato de fondo el escrito visible a folios 457 a 464 para reiterar fundamentalmente los planteamientos expuestos al contestar la demanda, los que transcribe en esta oportunidad, para concluir que "se debe exonerar a mi poderdante de toda culpa, también se condene en costas a la parte actora".

El Fiscal primero del Tribunal sostuvo en su concepto de fondo (Fols. 477 a 482) que la responsabilidad en las demoras "no es exclusiva de una sola de las partes" y se pronuncia por una decisión favorable a la demandante, "pues existe

falsa motivación en los actos acusados por cuanto en ellos se imputa la carga de los retardos al contratista y no se justifica la declaratoria unilateral de incumplimiento, ni la sanción". Para dosificar los perjuicios materiales manifiesta que " puede servir de derrotero en dictamen pericial que sugiere una compensación de perjuicios de un 50%".

4o. La sentencia apelada.-

Se advierte en el fallo recurrido que para obtener indemnización por los perjuicios causados por el incumplimiento contractual de la entidad pública, se hace necesario que se solicite la declaratoria de tal incumplimiento. Como en la demanda no se formuló esta petición, tal reconocimiento indemnizatorio no podría prosperar.

Con respecto a la resolución de incumplimiento que la actora acusa de extemporánea, sostiene el Tribunal que de acuerdo con la cláusula tercera del contrato, el plazo inicial para la ejecución de las obras, expiraba el 25 de abril de 1986, plazo que por razones de reprogramación se desplazó hasta el 25 de julio de 1986. Como, según la demandante, la administración produjo el acto acusado que declaró el,incumplimiento después de los cuatro meses que jurisprudencialmente se han calculado para que se liquide el contrato de común acuerdo, considera el a-quo que dicho plazo iba hasta el 25 de agosto de 1986, dentro del cual se expidió la resolución de incumplimiento, en forma oportuna.

Sostiene además que es similar la conclusión si se toma el 25 de julio de 1986 como fecha límite, de acuerdo con la reprogramación. Concluye el fallador de primera instancia en que las resoluciones impugnadas no se encuentran viciadas de nulidad por extemporaneidad y sobre el plazo de cuatro meses fijado jurisprudencialmente para la liquidación del contrato sostiene que debe entenderse en cada caso, de acuerdo con las circunstancias de ejecución del contrato.

Al referirse a las canteras o fuentes de materiales, afirma el a-quo que en ningún momento hubo falta de definición ni en los pliegos, ni en la Interventoria respecto de cuál era la fuente de materiales o cantera que se iba a explotar,pues desde un comienzo se determinó que era la cantera Las Palmas. No fue tardía dicha determinación y el contratista conocía del riesgo que implicaba desacatar lo definido al respecto.

Sin embargo, la orden del Ministerio para explotar la Cantera Las Palmas, si bien no fue extemporánea, sí fue antitécnica en cuanto impuso al contratista la obligación de explotar una fuente de materiales que no era apta para la ejecución del contrato. Así lo entiende el Tribunal, con fundamento en el estudio del Ministerio de Obras, el realizado por el Geólogo Alejandro Chica y el dictamen de los peritos.

Igualmente consideró el a-quo que la explotación de la cantera Las Palmas era antieconómica y afectó al contratista en el avance de los trabajos "e implica por lo

que pasa a verse un incumplimiento del Fondo Vial Nacional de sus obligaciones contractuales, conforme al artículo 84 del decreto 222 de 1983 que requiere unos estudios previos técnicos y confiables, que permitan que el objeto del contrato pueda cumplirse a cabalidad, porque el contratista al formular su propuesta parte del supuesto "de que los estudios hechos por la administración son confiables y que, por lo tanto, la explotación se hará dentro de las condiciones normales...". Esta obligación de la administración, afirma el Tribunal, dimana no solo del artículo 84 del Decreto 222 de 1983, sino del principio de la buena fe que rige también en la contratación administrativa.

Sobre la falta de diseños y carteras topográficas y de zonas de trabajo, y la no suspensión del plazo contractual, el a-quo afirma que no se dio ningún incumplimiento respecto de tales asuntos, por cuanto si bien la Interventoría debió efectuar nuevo trazado del proyecto por ser inadecuados los planos recibidos por el Ministerio, la variación en el proyecto era facultativo del Ministerio. Por otra parte encuentra que la elaboración de los planos y las carteras de topografía por la forma como se hicieron, no alcanzaron las demoras iniciales para su entrega que fueron solucionadas mediante la reprogramación de las obras. Al referirse a la suspensión del plazo, dice el Tribunal que surge por circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, que no se dieron en el presente asunto.

Por último, se sostiene en el fallo apelado que si de una parte hubo incumplimiento del ente oficial, también lo hubo del contratista "respecto de la cantidad y calidad del equipo utilizado en la obra, pero tal incumplimiento no era motivo idóneo para la expedición del acto administrativo, cuando mediaba además el incumplimiento de la entidad, artículo 1609 Código Civil, que enervaba la facultad de hacer tal delcaratoria.

5o. Razones de la apelación.-

La apoderada del Fondo Vial Nacional en escrito de folios 507 a 523, sustentó el recurso de apelación oportunamente interpuesto y tras referirse a las distintas consideraciones del Tribunal, concluye que el incumplimiento decretado por el establecimiento demandado "está claramente demostrado y por lo tanto considero que la sentencia apelada no debió anular las resoluciones correspondientes ni determinar el no pago de la cláusula penal pecuniaria; sino por el contrario negar todas las pretensiones...", como no fue así solicita que se revoque el fallo recurrido, se nieguen las pretensiones y se condene en costas a la actora. El apoderado de ésta última adhirió al recurso de la demanda en lo desfavorable de la providencia, con miras a que se reforme en el sentido de imponer el pago de todos los perjuicios causados por las resoluciones acusadas, por cuanto "la credibilidad profesional, prestigio e imagen empresarial" del contratista resultaron seriamente afectadas, así como "su forma, su buen nombre, su good will", sin que sea posible "que la administración pueda socavar injustamente ese prestigio sin que su conducta se vea sancionada". Los perjuicios materiales los deduce de la estimación hecha por los peritos en el respectivo dictamen. Similares son las argumentaciones contenidas en las alegaciones de conclusión que ambas recurrentes presentaron.

El concepto fiscal.-

La señora Fiscal Octava de esta Corporación con apoyo especial en el dictamen pericial, concluye" que las motivaciones contenidas en la resolución que declaró el incumplimiento del contrato son inexactas" y que no hay lugar a condena por perjuicios, pues esta solo produce "cuando se pretende la indemnización de los perjuicios causados por el incumplimiento de la administración ante el juez administrativo, para que este lo declare". Solicita la confirmación de la sentencia apelada.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala el fallo recurrido debe confirmarse por cuanto las apreciaciones jurídicas y la valoración del material probatorio efectuada por el a-quo se ajustan a una acertada interpretación de los hechos, de las normas jurídicas y de las estipulaciones contractuales reguladoras del negocio.

Los aspectos fundamentales a resolver en este proceso se reducen a los siguientes: a) la extemporaneidad de la declaración de incumplimiento consignada en los actos acusados; b) la motivación inexacta e incompleta y el desvío de poder contenidos también en las mismas resoluciones y; c) el reconocimiento de perjuicios materiales y morales a manera de restablecimiento del derecho.

a) Con relación a la extemporaneidad de la administración para declarar mediante las resoluciones acusadas el incumplimiento del contrato, la Sala encuentra que conforme a la Cláusula Tercera del estatuto, "EL CONTRATISTA se obliga a iniciar la ejecución de las obras dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de perfeccionamiento del contrato, y a su ejecución completa dentro de diez y ocho (18) meses siguientes, contados a partir de la fecha de dicho perfeccionamiento. Podrá suspenderse temporalmente la ejecución del contrato por circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito. El tiempo de suspensión no se computará en el plazo del contrato".

Al tenor de la cláusula Vigésima Sexta, el contrato "se entenderá perfeccionamiento previo registro presupuestal de fondos, expedido por la Sección de Presupuesto y Crédito del Ministerio de Obras Públicas y Transporte y aprobación de las garantias correspondientes, fecha a partir de la cual quedará perfeccionado". Pues bien, al folio 30 vuelto, se acredita el registro presupuestal y al folio 31 se encuentra la comunicación fechada el 25 de octubre de 1984, mediante la cual se comunica la aprobación de las garantías del contrato No 316-84. Se entiende entonces que a partir de ese 25 de octubre de 1984 se iniciaban los 18 meses convenidos para la ejecución de las obras, los que se cumplían el 25 de abril de 1986.

Sin embargo, por diferentes razones se hizo necesario efectuar una reprogramación que consecuencialmente desplazó en tres meses la ejecución de la obra de tal forma que en lugar de tomarse como punto de partida el 25 de octubre de 1984, el plazo contractual se empezó a contar el 25 de enero de 1985, con

vencimiento 18 meses después, o sea, el 25 de julio de 1986. Así las cosas, si se toma en cuenta la fecha inicialmente pactada, es decir, el 25 de abril de 1986, los cuatro meses a que alude el actor para que la administración declarara el incumplimiento en forma oportuna se vencían el 25 de agosto de 1986, de donde se concluye, que si la resolución inicial se dictó el 4 de agosto de 1986, frente a cualquiera de las fechas señaladas resulta oportuna, atendiendo el criterio espuesto por la Sala sobre el término de liquidación del contrato, en el sentido de considerar "posible el de cuatro meses; dos, a partir del vencimiento del contrato para que el contratista aporte la documentación adecuada para la liquidación y dos para que el trabajo se haga de común acuerdo. Si se vence este último deberá proceder a la liquidación unilateral. (Expediente No 3615- Actor: Dario Vargas Sanz enero 29 de 1988- Consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo).

Estima la Sala que similar criterio puede adoptarse para el ejercicio del poder exorbitante de declarar en incumplimiento e imponer la pena respectiva, para lo cual debe la administración evaluar el desarrollo contractual y los factores inherentes al mismo, que le permitan concluir si se dió o nó justificado. Corresponde entonces al fallador examinar en cada particular las consideraciones de la administración para aplicar el criterio interpretativo aquí consignado.

No se encuentra entonces, en tales condiciones, la extemporaneidad planteada por la actora y, por consiguiente, se confirmará la decisión del a-quo en cuanto se abstuvo de anular los actos acusados por esta razón.

b) Respecto a la motivación inexacta e incompleta y el desvío de poder atribuidos a los actos administrativos acusados, concretados en el incumplimiento de sus obligaciones por parte de la administración, impidiéndole a su vez declarar el incumplimiento de contratista y, con menor razón sostener que el ente oficial sí satisfizo sus obligaciones, lleva a la Sala a examinar los actos sobre los cuales se plantea tal incumplimiento.

De acuerdo con las resoluciones acusadas la administración las fundamentó en los siguientes hechos:

- El uso de una cantera diferente a la fijada en el pliego de condiciones, haciendo caso omiso de las estipulaciones contractuales que regulan el cambio de las fuentes de material.

- Quebrantamiento de sus obligaciones contractuales por parte del contratista, a causa de equipos insuficientes, desorganización, sistemas de trabajo inadecuados, suspensión de labores por los operarios y atraso en los programas de trabajo.

- Por vencimiento del término pactado de ejecución.

- Por su parte, la sociedad actora sostiene en la demanda que la cantera Las Palmas, determinada como la fuente de suministro de materiales, carecía de las calidades y condiciones necesarias para le ejecución del objeto contractual; que por

parte de la Interventoría se hizo necesario elaborar nuevos planos, canteras y estudios, generando al contratista una desorganización en su programación cronológica y en la organización y administración del equipo técnico y humano y que, a pesar de todas estas dificultades, que le causaron serios problemas financieros, no hubo descuido en sus compromisos contractuales.

Con relación a la fuente de materiales para realizar el objeto contractual, se determinó en el pliego de condiciones que sería la cantera denominada Las Palmas y que para cambiar dicha fuente se requería su agotamiento o deterioro en la calidad de los materiales extraídos. Precisamente porque la firma contratista encontró serios inconvenientes y dificultades en la calidad del material explotado de la cantera Las Palmas, lo comunicó al ministerio de Obras Públicas y Transporte, con la advertencia de que lo extraído de dicha cantera no cumplía con las normas y especificaciones de materiales de dicho Ministerio para la construcción de sub-bases, bases y pavimentos. (Fol.179).

En memorando de 21 de agosto de 1984 suscrito por el Jefe de Sección de Control de Calidad (Fols. 35 a 41), concluye:

a) *Definitivamente las Palmas debe descartarse.* Si bien es cierto hay un manto de roca sana, para llegar al él hay que remover bastante material despreciable y después de esto, su empleo se limitaría escasamente a sub-base. Pues los finos tienen más del 8% de plasticidad". (Se subraya).

De acuerdo con la Veeduría Pública el rendimiento de la cantera Las Palmas era deficiente y tal circunstancia se proyectaba en el desarrollo de la obra contratada, pues dado su escaso rendimiento la producción del material requerido podría demorar en doce meses la ejecución del contrato.

También se recaudó un estudio y concepto técnico realizado por profesores de la Universidad Nacional de Colombia e Investigadores Asociados al Centro de Investigación en Metalurgia Extractiva CIMEX, con el objeto de verificar las condiciones geológicas de la explotación de la cantera Las Palmas y en el mismo se llegó a las siguientes conclusiones:

"Los indices determinados indican excesivos consumos de energía y de acero por desgaste, como también la baja productividad lo cual haría una operación desde todo punto de vista antieconómico.

"Del estudio se puede concluir que el material pétreo de la cantera Las Palmas no es económicamente tributable con los equipos convencionales que se fabrican para estos fines debido alto (sic) desgaste de mandíbulas de trituración, varillas de perforación y cuchillas y orugas Bull-dozer". (Fol.157).

Igualmente cabe resaltar el concepto del ingeniero geólogo Alejandro Sanchez (Fols. 158 a 166), quien resalta los siguientes factores:

"1.- Carácter errático de la geología local.

"2.- Alta dilución del material utilizable.

"3.- Material duro con fragmentación mecánica plana o en lajas.

"4.- Alta dureza y bajo índice de desgaste del material duro, con fragmentación mecánica angular, dominante en la parte expuesta y

"5).- Dificultad para predecir las condiciones geológicas en profundidad (sólo determinable con una malla de perforaciones con recuperación de núcleos, situación poco recomendable por la elevación sustancial de costos de explotación". Tales aspectos hacen que la cantera no sea rentable ni por costos ni por rendimiento en la extracción del material utilizable. Y, culmina diciendo:

"En conclusión *el sitio no debe ser considerado como fuente para materiales de afirmado* pues se elevarían considerablemente (sobrecostos por explotación con taladro rotatorio y extracción de núcleos, por bajo rendimiento en la obtención de materiales utilizables por reparación y mantenimiento de equipos, etc.". (Fols. 1165-166).

Frente al dictamen y conceptos técnicos anotados, la interventoría al rendir un informe de su visita al proyecto, manifestó:

"2o.) Hemos revisado la fuente "Las Palmas" *con la toma de muestras,* tanto de material de roca *de los estratos visibles, como del material derrumbado.*- Se tomaron en total 6 muestras, 3 de estratos rocosos, 2 de material de derrumbre, y una última, conformada con la mezcla de las cinco anteriores.

"Los ensayos se han resumido en el Anexo No. 1 adjunto.- Como puede verse, las muestras pétreas son de calidad aceptable para sub-base, base y pavimento.- Las muestras de derrumbe, *tienen excesos finos, pero estimados que con clasificación y/o trituración,* encajan dentro de la norma para subbase.

"Esta fuente fue investida por Gómez Cajiao en marzo de 1983, en su estudio de Fuentes de Materiales con resultados aceptables, los cuales probablemente sirvieron para escogerla como fuente contractual". (Fols.44-45).

Al practicarse la prueba pericial dispuesta por el Tribunal con la colaboración de dos ingenieros geólogos, estos consignaron en su experticia, entre otros, los siguientes conceptos técnicos de inmediata aplicación al asunto examinado:

"La fuente de materiales fue fijada en el,pliego de condiciones (folios 7 á 11); se encuentra localizada a 5 Km de la cabecera de La Unión. Los materiales existentes allí fueron definidos por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte

(MOPT) como aptos para sub-base y base granular y concreto asfáltico y su volumen.

"No se encuentra sin embargo, ningún criterio *cuantitativo* que sustente la afirmación sobre la aptitud de los materiales para el uso previsto en el contrato ni la cantidad de ellos disponible en la cantera, así como tampoco las condiciones de explotación de la misma". (fol.374).

"Los materiales que se encuentran en la cantera Las Palmas no fueron objeto de un estudio detallado de sus propiedades por parte de la firma Gómez Cajiao ni del MOPT. Sólo en agosto de 1984, el MOPT realizó algunos ensayos cuyos resultados figuran a folios 202-204, sobre muestras enviadas por Sánchez Ingenieros. En el expediente figura (folio 37) la afirmación del ingeniero José E. Conde, en el memorando PI 05085 "el Distrito de obras No. 1 no lo está empleando ni para conservación de vías".

"La firma interventora "La Vialidad Ltda.", por su parte, analizó seis (6) muestras, cuyos resultados no fueron anexados al expediente. En su informe afirma la citada empresa, que 'las muestras pétreas son de calidad aceptable para sub-base, base y pavimento. Las muestras de derrumbe tienen exceso de finos, pero estimados que con clasificación y/o trituración, encaja dentro de la norma para subbase".

"Debe anotarse aquí, que la discusión relievante versa sobre la aptitud de la cantera y no de *unas muestras* cuya validez y representatividad se desconocen y deben ser puestas en duda con base en los resultados obtenidos finalmente de la explotación de esta fuente de materiales". (Fols. 376-377).

"En las fotografías 5 - 7, se ilustra en forma más detallada el estado general de la roca, fracturada y profundamente meteorizada. A diferencia de lo afirmado en el pliego de condicines y por los ingenieros de la firma interventora, debe concluirse que el material que se encuentra en el sitio en cuestión no es apropiado para la construcción de bases granulares y concretos asfálticos y solo, mediante costosas operaciones de clasificación, servirían para sub-bases una vez realizados los ensayos pertinentes que permitan definir el espesor apropiado de las capas de material. Las razones principales para ello, radican en tres (3) puntos.

"a. El contenido de materiales de tipo limo y arcilla es superior al 75% en el conjunto de la cantera, como puede apreciarse en el memorando PI 04344 del MOPT, a folios 202-204, lo que obligaría a eliminar más del 40%, si se quiere obtener un material adecuado para subbase.

"b. El contenido de materiales ligantes limo-arcilloso hace que el conjunto sea inadecuado para bases granulares y como agregado de concretos asfálticos.

"c. El material pétreo en sí, es de baja resistencia y características de desgaste que lo hacen inadecuado para los concretos asfálticos.

"Se ha planteado así mismo, la cuestión de la cantidad de materiales definida en forma de viga, en los pliegos de licitación, como suficiente.

"De acuerdo con el Acta de liquidación del contrato, a folios 197-198, fueron colocados 12.038 M3 de material de sub-base (94%) y base granular (6%). Para la obtención de estos materiales se requirió la remoción de aproximadamente 73.500 M3 de suelo y roca, cifra obtenida si se compara la topografía original del terreno que aparece en el plano de Gómez Cajiao que obra a folio 180, con el estado actual del mismo, como se ilustra en las fotografías 9 y 10. El percentaje del material utilizado con respecto del volumen total removido, es de solo un 17%.

"En estas circunstancias, la explotación de la fuente de materiales Las Palmas fijada por el MOPT es a todas luces antieconómica, si se tiene en cuenta que es necesario eliminar 83m3 de material "esteril" por cada 17m3 de material utilizable en las obras de pavimentación objeto del contrato.

"En síntesis:
"a. La cantera o fuente de materiales definida por el MOPT para el contrato objeto de este dictamen, no puede considerarse como tal, máxime cuando existen alternativas razonables de fuentes de materiales en la zona.

"b. La calidad de los materiales que se encuentran en el sitio Las Palmas no los hace aptos para utilizarlos en la construcción de vías, en ninguno de los tres elementos descritos en el cuerpo de nuestro informe.

"c. No es pertinente examinar el problema de la cantidad de material allí presente dado que no es utilizable en condiciones normales. Sólo mediante costosas operaciones de corte y selección es posible obtener material de sub-base apenas aceptable". (Fol.385).

De lo anteriormente relacionado resulta incuestionable que el Fondo Vial Nacional no obstante las reiteradas manifestaciones del contratista, respaldadas en estudios y conceptos técnicos especializados sobre la baja calidad de los materiales extraídos asumió una conducta obstinada en exigir la explotación de una cantera que su propio Jefe de Control de Calidad había expresamente descartado. Desde luego, las dificultades que generó para la firma demandante el tozudo comportamiento del ente oficial son evidentes y se proyectaron sobre el término y costos de ejecución del contrato. Precisamente en la determinación y obstinado mandamiento de la cantera Las Palmas se encuentra un incumplimiento de sus obligaciones por parte del Fondo Vial Nacional.

De acuerdo con el artículo 84 del Decreto 222 de 1983, no se puede licitar, ni contratar la ejecución de una obra "sin que previamente se hayan elaborado los

planos, proyectos y presupuesto respectivo y determinado las demás especificaciones necesarias para su identificación". Esta determinación previa de las condiciones sobre las cuales se va a desarrollar el contrato, conlleva obligatoriamente que los estudios y demás especificaciones permitan a las partes contratantes llevar a feliz término el objeto del contrato, en cuyo desarrollo los interesados puedan adelantar la actividad correspondiente dentro de un marco de confiabilidad recíproca sobre los factores y condiciones que la administración ofrece y las ejecuciones y resultados que con base en aquellos el contratista asume. Rige para estas situaciones el principio de la buena fe, legalmente consagrado en el artículo 1603 del Código Civil, conforme al cual, "Los contratos deben ejecutarse de buena fe,y por consiguiente obligar no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella", y en el sub-lite implicaba para el ente oficial un comportamiento distinto al que con terquedad inexplicable mantuvo en colaboración con la interventoría, para no aceptar la sugerencia, a todas luces favorable a los fines contractuales, de cambiar de cantera por la denominada Los Naranjos, cuyas mejores condiciones en la calidad de sus materiales y explotación aparecen procesalmente acreditadas.

Ahora bien, analizado el dictamen pericial en sus términos y contenido, confrontándose además con los distintos conceptos técnicos aportados al proceso, la Sala concluye que efectivamente las dificultades de distinto orden que el contratista debió asumir en la explotación de una fuente de material absolutamente irregular y temporalmente descartada por el propio Fondo Vial Nacional, se proyectaron sobre los distintos frentes de ejecución del contrato, y significaron en gran parte el atraso y el incumplimiento contractual que el Ministerio declaró en las resoluciones acusadas. Empero, cuando en éstas tal incumplimiento se atribuyó exclusivamente a la firma demandante, sin mencionar ni resaltar la falla que sobre la escogencia de la fuente de materiales tuvo el ente oficial, así como algunos otros factores imputables al Fondo Vial Nacional y a la interventoría, tal calificativo implica inexactitud sobre aspectos de indudable importancia en el contrato y que conducen a la Sala al convencimiento de que los actos acusados se motivaron equivocadamente.

Con respecto a lo dicho en el fallo apelado en el sentido de que el incumplimiento del contratista "no era motivo idóneo para la expedición el acto administrativo, cuando mediaba además el incumplimiento de la entidad, artículo 1609 Código Civil, que enerva la facultad de hacer tal declaratoria", se anota que la norma citada consagra la *"exceptio non adimpleti contractus"*, al establecer que "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". Se desprende del anterior precepto que si en un contrato bilateral se presenta incumplimiento recíproco de los sujetos contratantes, en principio, ninguno de ellos podrá pedir indemnización de perjuicios, ni exigir la cláusula penal y de ninguno se predican las consecuencias derivadas de riesgos sobrevinientes. Desde luego que en cada caso se deben apreciar la clase de obligaciones y su proyección en el contrato, de tal forma que se establezca un real

equilibrio entre las obligaciones cuyo respectivo incumplimiento pueda generar la excepción de contrato no cumplido, criterio expresado por la Sala en febrero de 1984, con ponencia del Consejero José Alejandro Bonivento Fernández. En las anteriores condiciones, dadas la naturaleza de la obligación incumplida a cargo de la administración, la que implicaba serios efectos en la ejecución de la obra contratada, permite darle recibo en el sub-judice a la figura exceptiva mencionada, tal como acertadamente concluyó el a-quo.

Por último, con respecto a los perjuicios reclamados, se observa que la sociedad actora no pidió en su libelo que se declarara el incumplimiento del contrato por parte de la administración, declaratoria es indispensable, en este caso, para que eventualmente proceda el reconocimiento indemnizatorio por perjuicios originados en tal incumplimiento, diferentes a los causados por actos administrativos viciados de nulidad, los que generalmente conducen a la inefectividad de las grarantías de cumplimiento y de la cláusula penal, o al reembolso de sus importes si fuere el caso.

Las consideraciones anteriores conducen a la anulación de las resoluciones acusadas y al restablecimiento del derecho de la demandante para que no se le hagan exigibles ni la cláusula penal, ni la garantía de cumplimiento. Como en tal sentido fue el pronunciamiento impugnado este deberá confirmarse, sin más consideraciones por innecesarias.

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

F A L L A :

Confírmase la sentencia apelada, esto es, la de 23 de junio de 1989, proferida por la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Antioquia.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, catorce (14) de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

Ruth Stella Correa Palacios, Secretaria

ADJUDICACION DEL CONTRATO-Efectos/ **ADMINISTRACION PUBLICA** -Obligación contractual

Hecha la adjudicación se deja la órbita pre-contractual y se deben cumplir los efectos jurídicos que ella genera, como acto administrativo que es, cuyos efectos solo los califica la Constitución y la ley. Los particulares oferentes no pueden ser invitados a licitar bajo el supuesto de que, aún hecha la adjudicación, el ente público queda en libertad de contratar o no contratar. Es verdad que la adjudicación no siempre da origen al contrato, pero en ella se crea, una situación jurídica concreta que no puede ser desconocida por la administración sin aventurarse a indemnizar los perjuicios que con tal conducta genere. No se puede invitar a las personas naturales o jurídicas, a participar en la licitación, bajo el entendido de que al final del proceso estén obligadas sin más, a renunciar a sus derechos, o a someter su libertad a restricciones desproporcionadas.
ANULA LA FRASE final del literal ñ) del numeral primero del artículo 233 del Código Fiscal de Santafé de Bogotá (Acuerdo 6 de 1985), que reza: "y una vez adjudicada contratar o no contratar".

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Tercera.- Santafé de Bogotá D.C., mayo quince (15) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Dr. julio César Uribe Acosta*

Referencia: Expediente No. 6307; Actor: Oscar de Jesus Tobón Builes.

- 1 -

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal alguna que vicie la actuación, procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia calendada el dia primero (1) de febrero 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 razona judicialmente dentro del siguiente temperamento:

"El doctor Oscar de Jesús Tobón Builes, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda en este Tribunal para que mediante sentencia se declare la nulidad de la frase final del literal ñ del numeral 1o del artículo 233 del Código Fiscal de Bogotá, Distrito Especial, emitido por el Consejo Distrital mediante Acuerdo número 6 de 1985, la cual dice:"... y de una vez adjudicada contratar o no contratar".

"En la demanda se mencionan los siguientes hechos:

"*Primero:* Mediante Acuerdo número 6 de 1985, el Honorable Consejo Distrital de la ciudad adoptó y expidió el "CODIGO FISCAL" de Bogotá D.E., cuyo artículo 233 dispone en lo pertinente: - " La licitación pública se efectuará conforme a las siguientes reglas:... 1o.- La entidad interesada elaborará un pliego de condiciones para la aprobación de la Junta Directiva, que, además de lo que se considere necesario para identificar la licitación, contenga en forma expresa y completa:... ñ.- la facultad que se reserva la entidad interesada de adjudicar total o parcialmente, de no adjudicar, y de una vez adjudicada contratar o no contratar".

"*Segundo:* El referido "Código Fiscal" se encuentra vigente, y es aplicado de manera constante dentro de la órbita territorial del Distrito Especial de Bogotá."

"Como normas violadas en la demanda se mencionan las siguientes: artículo 5o de la ley 19 de 1982; artículo 1o inc. 4o y 35 del decreto- Ley 222 de 1983; artículo 13, numeral 2o y 14 del decreto 3133 de 1968; artículo 47 de la ley 11 de 1986."

"El concepto de la violación fue expuesto en los siguientes términos:

"En materia de contratación administrativa, el art. 35 del Decreto Ley 222 de 1983 consagra que *"Ejecutoriada la resolución de adjudicación, ésta es irrevocable y obligada por lo mismo a la entidad y al adjudicatario"*. .Ese en un "efecto" que no sólo la ley sino también la doctrina y la jurisprudencia le han reconocido a la adjudicación de una licitación.- Sin embargo, un precepto de inferior jerarquía que el citado Decreto Ley; una disposición expedida a nivel municipal, y que por mandato legislativo debía supeditarse a las imperativas limitaciones que le ha fijado el referido mandato de superior rango, quebranta el ordenamiento jurídico de una manera clamorosa y manifiesta, al estipular el

Código Fiscal de Bogotá D.E. Que los "pliegos de condiciones" elaborados por,las entidades distritales contendrán "La facultad que se reserva la entidad interesada de adjudicar total o parcialmente, de no adjudicar, *y de una vez adjudicada contratar o no contratar* "(Art. 233, numeral 1o, literal "ñ" ibídem).- La disposición emitida por el Concejo Distrital de Bogotá resulta frontalmente contrapuesta, en el texto subrayado, con lo que sobre ese tema de los "efectos" de la adjudicación de una licitación determinada el antes transcrito art. 35 del Decreto 222 de 1983.- Es tan rotunda la violación de ésta legal, por parte del Acuerdo No 6 de 1985 del Concejo Distrital, a través de su cuestionado art. 233, numeral 1o., literal "ñ". que no sólo habrá de ameritar la declaratoria de anulación deprecada, sino que, ulteriormente, y dentro del término oportuno, impetraré, la "suspensión provisional" del texto viciado para que no siga menoscabado el orden jurídico.-"

"Complementariamente se recuerda que el art. 5o de la Ley 19 de 1982 manda, en lo esencial, que "En el desarrollo de la autonomía de los departamentos y municipios... las normas sobre tipos de contratos, clasificación efectos... están reservados a la ley", mientras que el art. 1o = inciso 4o = del Decreto Ley 222/ 83, en concordancia con el mandamiento anterior, establece que "las normas que en este estatuto se refieran a tipos de contratos, su clasificación, efectos, responsabilidad, y terminación, así como a los principios generales desarrollados en el Título IV, se aplicarán también en los Departamentos y Municipios".- Fluye en los textos aludidos que el municipio, o "Distrito Municipal" SEGUN las voces del art. 196 de la Constitución, tiene la obligación de aplicar en su seno respecto a contratación administrativa las normas que acerca de los "efectos" aparecen en el Decreto Ley 222/83; por consiguiente, los municipios o "distritos municipales" de los cuales Bogotá es uno, sólo que "especial"-en el supuesto de que pretendan fijar normas atinentes a los aspectos contractuales, deben actuar con estricta sujeción, entre otros, al art. 35 del Decreto Ley 222/ 83."

"De otra parte, el art. 13 =numeral 16= del Decreto 3133 de 1968 le confirió al Concejo Distrital la "atribución" de dictar, entre otros, el "Código Fiscal", pero de manera expresa también le exigió, por medio del numeral 2o del mismo artículo que debía "Votar en conformidad con la Constitución y la ley las contribuciones, impuestos y tasas. y gastos locales". Pero ésto no acaeció cuando fue votado y aprobado al Acuerdo 6 de 1985, por lo menos en los detalles concernientes a su artículo 233, Numeral 1o., literal "ñ", donde fue incluída la frase viciada de nulidad, que impugnó. Al votar y aprobar, en favor de la entidades distritales, el privilegio exorbitante que se viene cuestionando por controvertir las limitaciones ordenadas en el art. 35 del Decreto Ley 222/ 83, en el Art. 1o - inciso 4o del mismo estatuto contractual violó la derectriz que le fuera demarcada por medio del reseñado art. 13, numeral 2o., del Decreto 3133 de 1968.- De ahí que repute también este precepto como quebrantado por la publicitada frase del "Código Fiscal", que pretende modificar los "efectos" derivados de la adjudicación de una licitación, ya señalados con antelación por aquellos preceptos con rango de "ley", que por mandato de esas mismas normas

de superior jerarquía tenía que ser acatados en todos los Municipios de la República."

"Para rematar, el mencionado Decreto 3133 de 1968, que regimenta la organización administrativa del Distrito Especial de Bogotá, señala en su art. 14 que "Además de las prohibiciones y limitaciones establecidas en la ley para los Concejos Municipales, el Concejo Distrital tedrá las siguientes...", argumento éste que se conectaría con el plasmado en el precedente párrafo, para sostener que las normas allí precisadas del Decreto Ley 222/83 y de la Ley 19/82, deben ser respetadas por las disposiciones fiscales que emita el Concejo Distrital de Bogotá.- O, en otras palabras, los Concejos Municipales tienen que someterse a lo previsto en los referenciados estatutos contractuales - con rango legal - en lo concerniente a "efectos", y por eso, Vgs, deben supeditarse al mandato del art. 35 del Decreto 222/83. Pues bien, esa prohibición o limitación impuesta a los Concejos Municipales, en el sentido de que no pueden expedir normas respecto a tales "efectos", sino con riguroso acatamiento de los preceptos legales anotados, por expresa determinación del art. 14 del Decreto 3133/68 rige para el Distrito Especial de Bogotá.

.- Y en ese orden de ideas no sólo habría sido violado el comentado artículo 14 ibídem, sino también el art. 47 de la ley 11 de 1986, conforme al cual "los contratos que celebren los municipios y sus establecimientos públicos se someten a la ley en lo que ha venido reiterado en diversos textos legales, aparece una vez más en éste art. 47, para insistir en que sólo la ley tiene la facultad de regular el tema de los efectos en materia contractual'administrativa.- Y por orden del art. 14 del Decreto 3133/68, tal prohibición a los Concejos Municipales (o limitación) se hace extensiva al Concejo Distrital de Bogotá.- Por contera, la acusada frase del art. 233 numeral 1o, literal "ñ" del Código Fiscal de Bogotá, entra igualmente en abierta pugna, y por lo mismo quebranta de manera frontal esa norma de superior jerarquía: el art. 47 de la ley 11 de mil novecientos ochenta y seis, al querer variar los "efectos" derivados de la adjudicación de una licitación y pretender que ésta no tenga efectos "irrevocables" y no obligue a las entidades distritales."

"El art. 35 del Decreto 222/83 consagra una obligación "de hacer" para la Administración y el adjudicatario, no sólo porque así lo pregona ese precepto, sino en intención a lo estipulado en el art. 1610 del Código Civil Colombiano. Aquella obligación de hacer consistente en suscribir el consiguiente contrato y si, por ejemplo una entidad administrativa opta por no contratar, esa actitud no puede quedar "impune", pues conforme al aludido art. 1610, "si la obligación es de hacer, y el deudor se contituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora... Que el deudor lo indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato".- O sea la frase impugnada del art. 233, numeral 1o, literal "ñ" del Código Fiscal pretende dejar sin "efectos" la adjudicación de las licitaciones; busca aludir las consecuencias derivadas de su incumplimiento (la obligación en pro de quien cumple o se allana a cumplir), todo lo cual apareja una burla para los derechos de los licitantes beneficiados

con adjudicaciones, y una transgresión de las reglas superiores de derecho ameritadas a través de estos párrafos.-"

"Doctrinariamente cabe recordar lo que enseña el Profesor JOSE ROBERTO DROMI al respecto, publicado en la obra "La protección Jurídica de los Administrados" ("Ediciones Rosaristas", 1980. página 372 y ss): "Los actos, hechos, reglamentos ... de la Administración dictados o ejecutados en la preparación de la voluntad administrativa contractual se incorporan unilateralmente, aunque de manera separable, al procedimiento administrativo de conformación de la voluntad contractual. Por ello, las reglas y principios que rigen la intervención de los interesados en la "preparación e impugnación" de la voluntad administrativa son también aplicables a la actividad administrativa pre-contractual (de preparación de la voluntad) y contractual propiamente dicha (de ejecución de la voluntad) ... El pre-contrato o período preliminar al contrato, más allá de las meras tratativas previas ... supone una comunicación recíproca entre los futuros contratantes exteriorizada por manifestaciones volitivas de las partes, que anticipan un contrato por venir, que si bien aún no pueden calificarse de voluntades contractuales, por ejemplo presentación y recepción de oferta, rechazo de oferta, retiro de oferta, exclusión de oferente, etc.- engendraran un vínculo jurídico obligacional con todas las consecuencias que predicativamente ello implica... Las tratativas previas no crean por si solas vinculación jurídica alguna en tanto no se conforme una comunicación recíproca de voluntades, a nivel pre-contractual, a través de alguno de los actos separables referidos. Ellos, como alternativa previa al contrato generan una relación jurídica, un vínculo regulado por el derecho, con efectos recíprocos implicados en los derechos y deberes de cada parte, por ejemplo los gastos e "intereses negativos" que se originen con motivo de la ruptura intempestiva o arbitraria separación de la negociación. Esta es la cuestión de la denominada "culpa incontrahendo", o sea la regulación de las responsabilidades derivadas de los tratos previos al contrato, se celebre o no éste..." el principio de la estabilidad del acto administrativo... también rige para los actos administrativos previos o preparatorios de contrato, y su revocación, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, es indemnizable..."

"A nivel jurisprudencial, el H. Consejo de Estado, mediante sentencia dictada el 29 de marzo de 1984, de la cual fuera ponente el Dr. José Alejandro Bonivento, destacó: "La Administración puede rechazar las propuestas, cuando éstas no reúnan las condiciones que se establezcan en el pliego; en cambio cuando se formulan las propuestas de consonancia con el pliego surge para la Administración la obligación de calificar cada una de ellas para hacerle producir el efecto jurídico deseado, que no es nada distinto a que en la adjudicación se cumpla con todo el proceso nogocial de formalización del contrato" (Cfr. "Diccionario jurídico" = María Elena Giraldo Gómez y Nubia González Cerón = Año 1984, Vol. VI, páginas 162 a 165). En armonía con éste criterio incluso, el vicio afectaría otras expresiones más del cuestionado art. 233, numeral 1o., literal "ñ", como lo serían aquellas "de no adjudicar" - Tal parecer fue reiterado ulteriormente oir esa misma alta Corporación, mediante

fallo de febrero 8 de 1985, que tuvo como ponente al Dr. Carlos Betancurt Jaramillo, y que aparece publicado en "Jurisprudencia y Doctrina", Tomo XIV, No 162, de junio de 1985, págs 532 a 540."

"La parte acusada del artículo 233, literal ñ, del numeral 1 del Código Fiscal de Bogotá, Distrito Especial es la que se subraya a continuación:

"ARTICULO 233 DE COMO SE REALIZA LA LICITACION PUBLICA.

"La licitación pública se efectuará conforme a las siguientes reglas:

"1...

"a...
"ñ. La facultad que se reserva la entidad interesada de adjudicar total o parcialmente, de no adjudicar, y *de una vez adjudicada contratar o no contratar."*

"El Distrito Especial de Bogotá intervino en el proceso por intermedio de apoderada designada por el Personero Distrital - Dicha apoderada contestó la demanda."

"El doctor Libardo Rodriguez Rodriguez fue reconocido como coadyuvante del demandante mediante auto proferido con posterioridad que dispuso el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión.

Dentro del término del traslado el coadyuvante y la apoderada del Distrito Especial de Bogotá presentaron alegatos de conclusión. En el escrito respectivo el coadyuvante hizo los plantamientos que se resumen así: 1o., Como según los artículos 5o de la ley 19 del 1982 y 1o inciso 4o, del decreto ley 222 de 1983 el tema de los efectos en materia de contratos de la administración para los Departamentos y los Municipios está reservado a la ley, debe entenderse esa aplicabilidad al Distrito Especial de Bogotá, por cuanto se trata de un Municipic y no existe norma legal que establezca excepción a esas disposiciones. Además se debe tener en cuenta que el artículo 125 de la ley 9 de 1989 establece que cuando en el decreto 1333 de 1986 se haga referencia a los Municipios igualmente debe entenderse hecha al Distrito Especial de Bogotá en los aspectos que no exista regulación expresa; y como el artículo 47 de la ley 11 de 1986 -equivalente al 273 del decreto 1333 de 1986- expresa que los efectos de los contratos de los Municipios se rigen por la ley, la conclusión es la de que los efectos de los contratos del Distrito Especial de Bogotá deben estar sujetos a las normas legales; 2o.- Por lo anterior la norma demandada viola el artículo 35 del decreto-ley 222 de 1983 que regula la relación bilateral y contractual emanada de la adjudicación. Según lo ha precisado la jurisprudencia la adjudicación implica el nacimiento de mutuas obligaciones entre adjudicatario y adjudicante, lo cual se traduce en una relación contractual entre los mismos como se desprende de la sentencia del 4 de febrero de 1982 de la Sección

Tercera del Consejo de Estado con ponencia del Consejero Doctor Carlos Betancur Jaramillo - Expediente número 2656; 3o.- La Sala de consulta y Servcio Civil en concepto del 20 de febrero de 1986 - Consejero ponente Doctor Humberto Mora Osejo- expresó sobre el tema lo siguiente ("...si la administración estima que adjudicó ilegalmente un contrato, no le es permitido revocar unilateralmente el acto de adjudicación; *para ello debe demandar su anulación,* utilizando el denominado por la doctrina Española recurso de lesividad")El subrayado es del coadyuvante).

"La apoderada del Distrito Especial de Bogotá solicita- que se denieguen las pretensiones de la demanda y en apoyo de esa petición presenta los argumento que se pueden resumir de la siguiente manera:

1o.- El numeral 16 del artículo 13 del decreto ley número 3133 de 1968 facultó el Cabildo Distrital para expedir el Código Fiscal y esa Corporación ejerció dicha potestad mediante el Acuerdo número 6 de 1985; 2o. En cuanto a la violación de la ley 11 de 1986 no cabe ninguna discusión, por cuanto la Jurisprudencia de la Sección Tercera y de la Sala de Consulta del Consejo de Estado es unánime en manifestar que esa ley no se aplica al Distrito Especial de Bogotá; 3o.- No se encuentra violación de los principios generales establecidos en el decreto 222 de 1983, puesto que la Corporación edilicia no cambió ninguno de los elementos esenciales del contrato administrativo como son los sujetos, la competencia o capacidad, la causa y la finalidad, así como tampoco los tipos de contratos, clasificación, efectos y responsabilidades, pues si se hace una comparación entre los estatutos contractuales del orden nacional y del orden distrital se puede afirmar sin temor a equivocación que son idénticos; 4o. En los contratos administrativos existen dos etapas en su formación: una respecto a la declaración de voluntad de la administración para contratar, la intención, la forma y las condiciones de dicha contratación y la otra es la relación que se entraba entre la administración pública y los particulares; 5o.- El precepto demandado simplemente forma parte del listado de lo que debe contener los pliegos de Condiciones cuando se vaya a realizar una licitación pública en el Distrito Especial de Bogotá, en los cuales se convoca a los particulares para que formulen sus propuestas, se incorporan las condiciones generales y especiales que van desde las especificaciones como la forma de pago, los requisitos de los proponentes, entrega de las propuestas, eliminación y evaluación de los mismos, documentos previos, adjudicaciones, legalización del contrato, es decir como lo dice el Consejo de Estado "el elemento jurídico determinante o básico para el acuerdo de voluntades". "El pliego de condiciones "... es la voluntad de la administración Pública la que se puede convertir en la Administración Pública la que se quiere celebrar, como resultado del concurso de voluntades, sobre las bases predeterminadas, por la Administración y acogidos por los terceros proponentes."

"La señora Fiscal Segunda de la Corporación en su concepto de fondo considera que la Sala debe acceder a las súplicas de la demanda por cuanto, en su opinión, la frase acusada riñe abierta y especificamente con los artículos 5o

de la ley 19 de 1982, 35 y 1o., inciso 4o, del decreto ley 222 de 1983, a las cuales tenía que sujetarse, pues de la primera norma, en armonía con la segunda, se desprende que los Departamentos y Municipios están autorizados para regular en virtud de su autonomía exclusivamente la función y manera de adjudicar los contratos que se celebren y las cláusulas "... pero no los demás aspectos relativos a ellos (que es lo que quieren dar a entender los dos preceptos citados), como son los regulados por la ley". Agrega que "...si l artículo 35 del decreto ley 222 de 1983 indica que la Resolución de adjudicación ajecutoriada se torna irrevocable y, por consiguiente, obliga a los interesados, no cabe duda que no era posible establecer a nivel Distrital, como se hizo en la parte del artículo 233 del Código Fiscal de Bogotá D.E. cuya nulidad se depreca, que en el pliego de condiciones concernientes a la licitación pública debe incluirse la facultad para la entidad que lo elabora, de contratar o no contratar una vez producida la adjudicación, porque ésto echa de menos el carácter vinculatorio de aquella, según lo previsto en el aludido artículo 35, y se traduce e transgresión del mismo."

"Al proceso se le dio el 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 este proceso se pretende la declaración de nulidad del literal "ñ" numeral 1 del artículo 233 del Código Fiscal de Bogotá, Distrito Especial - Acuerdo número 6 de 1985 del Concejo Distrital-, en la parte que al establecer el contenido del pliego de condiciones de la licitación pública incluye como uno de los puntos la facultad de la administración para una vez efectuada la adjudicación contratar o no contratar."

"El actor sustenta el cargo con el argumento de que la parte de la norma acusada infringe el artículo 35 del Decreto 222 de 1983, pues mientras esta disposición establece que "Ejecutoriada la resolución de adjudicación está es irrevocable y obliga por lo mismo a la entidad y al adjudicatario" en el Código Fiscal del Distrito Especial de Bogotá se consagra la facultad para la respectiva entidad pública de celebrar o no celebrar el contrato, aunque este haya sido adjudicado. Para llegar a la conclusión sobre la mencionada infracción el demandante considera que el artículo 35 del Decrto 222 de 1983 es aplicable al proceso de contratación administrativa del Distrito Especial de Bogotá, pues sí se desprende de lo previsto en los artículos 5o de la ley 19 de 1982, 13 numeral 2o, y 14 del Decreto 3133 de 1968 y 47 de la ley 11 de 1986."

"Es cierto que el Decreto 222 de 1983 es aplicable al Distrito Especial de Bogotá, pues, la Ley 19 de 1982, mediante la cual se definieron nuevos principios de los contratos administrativos y se concedieron facultades extraordinarias al Presidente de la República para reformar el régimen de contratación administrativa previsto en el Decreto 150 de 1976, estableció que

los Departamentos y Municipios pueden disponer sobre la formación y adjudicación de los mismos conforme a sus intereses y a las necesidades del servicio, más deben sujetarse a la ley con respecto a los tipos de contratos, clasificación, efectos, responsabilidad y terminación, así como a las inhabilidades e incompatibilidades. Y como el Decreto 222 de 1983 al desarrollar las facultades otorgadas al Presidente de la República mediante la citada Ley 19 reguló los mencionados aspectos de competencia del legislador y en forma expresa en su artículo 1o, al señalar su campo de aplicación, aunque parcial, de ese estatuto al Distrito Especial de Bogotá."

"A la anterior conclusión se llega no obstante que el artículo 5o, de la ley 19 de 1982 y el artículo 1o, del Decreto 222 de 1983 aluden a los Municipios, mas no en forma específica al Distrito Especial de Bogotá, pues, de un lado, éste también en un municipio, solo que por disposición Constitucional tiene una organización especial, y, de otro, ninguna otra ley ha regulado en forma especial el régimen de contratación administrativa de ese ente territorial, como para entender que se debe acudir a ella y no al Decreto 222 de 1983. Las facultades conferidas al Concejo Distrital por el Decreto 3133 de 1968, mediante el cual se reformó la organización administrativa del Distrito Especial de Bogotá, en cuanto en su artículo 13, numeral 16, le señaló la de "Dictar los códigos para el Distrito en materia de policía, fiscal, de tránsito y transporte, de construcción y administración" no significa que esa corporación tenga autonomía para regular todos los aspectos comprensivos de esas materias, dentro de las cuales ciertamente queda incluída la de contratación administrativa, pues el cabal entendimiento de esa norma solo permiten establecer disposicionos en aquello que no sea materia de tratamiento legal. Además resulta explicable que el Distrito Especial de Bogotá, así como los Departamentos y demás municipios, se sujeten a las disposiciones del Decreto 222 de 1983 que regulan los aspectos de la contratación señalados en ese decreto y en el artículo 5o de la ley 19 de 1982, pues dada la naturaleza y trascendencia jurídicas de los mismos, su reglamentación solo lo pede hacer el legislador más en modo alguno, el Concejo Distrital o las Asambleas Departamentales y demás Concejos, por cuanto el tratamiento normativo de esos temas debe ser igual para todo el país y no diverso según lo provean los respectivos entes territoriales."

"De conformidad, pues, con los artículos 5o de la ley 19 de 1982 y 1o del Decreto 222 de 1983, este estatuto es aplicable al proceso de contratación administrativa del Distriro Especial de Bogotá en los aspectos que establecen los tipos de contratos, su clasificación, efectos, responsabilides, terminación, así como en los principios sobre interpretación, modificación y terminación unilaterales, inhabilidades e incompatibilidades. Por el contrario, de acuerdo con esas mismas normas, no son aplicables al Distrito Especial de Bogotá las disposiciones del Decreto 222 de 1983 que regulan lo relativo a la formación y adjudicación de los contratos, pues el Concejo Distrital tiene autonomía y facultades para dictar las normas reguladoras de esas materias."

"Delimitado de esa manera el campo de aplicación del Decreto 222 de 1983 al Distrito Especial de Bogotá, la Sala procede a definir si la norma acusada hace parte o no de alguno de los aspectos que en materia de contratación administrativa de ese ente territorial están regulados por ese estatuto."

"La norma impugnada hace parte del artículo 233 del Código Fiscal del Distrito Especial de Bogotá que regula lo relativo a la realización de la licitación pública y que al señalar el contenido del pliego de condiciones preceptúa que éste debe contener en forma expresa y completa entre otros puntos, el relativo a la facultad expresa y completa entre otros puntos, el relativo a la facultad que se reserva la entidad interesada de adjudicar total o parcialmente, de no adjudicar." ... y de una vez adjudicada contratar o no contratar", siendo precisamente esta última parte la que le permite a la administración ejercer la facultad discrecional para celebrar o no celebrar el contrato, aunque se haya efectuado la adjudicación."

"De este modo se deduce que la parte cuestionada del artículo 233 del código Fiscal del Distrito, aunque está incluída en el contenido del pliego de condiciones, en realidad tiene incidencia en la adjudicación del contrato, por cuanto le otorga discrecionalidad a la administración para celebrar o no celebrar un contrato que ya ha sido adjudicado. Es decir que, como lo anota el demandante, en esa norma se hace regulación sbre los efectos de la adjudicación de la licitación. Y es claro que, conforme a lo analizado anteriormente, el Decreto 222 de 1983 no es aplicable al Distrito Especial de Bogotá en la parte relativa a la adjudicación de los contratos, pues la regulación de ese aspecto le corresponde al Concejo Distrital."

"Ocurre que en el procedimiento de contratación administrativa se configuran unas etapas bien delimitadas. Una es la precontractual, o sea de la etapa previa a la celebración del contrato; otra es la contractual, es decir la trancurrida entre la celebración y la terminación del contrato; y la última es la posterior a la terminación del contrato."

"Ahora, la etapa preconceptual la pueden regular los Departamentos y los Municipios, inluídos dentro de estos el Distrito Especial de Bogotá, mientras que la contractual y la precontractual de los contratos de esas entidades están sujetos a las disposiciones legales, es decir en este momento el Decreto 222 de 1983. Y como los efectos de la adjudicación están ubicados dentro de la etapa precontractual, surge la conclusión de que su regulación no está dada por el Decreto 222 de 1983, sino por las disposiciones del código Fiscal del Distrito Especial de Bogotá."

"El decreto 222 de 1983 si es aplicable en cuanto a los efectos de los contratos celebrados por el Distrito Especial de Bogotá, mas no en relación con los efectos de la adjudicación de los contratos, pues unos y otros son aspectos bien distintos de la contratación de la administración."

"Lo anterior significa que el artículo 35 del Decreto 222 de 1983 no es un precepto aplicable al procedimiento de contratación de la administración distrital y, por tanto no puede servir de sustento jurídico para declarar la nulidad en una norma del Código Fiscal del Distrito Especial de Bogotá como la impugnada por infracción al principio según el cual una vez se encuentre ejecutoriada la providencia para la entidad pública y el oferente de celabrar el respectivo contrato."

"Como juez administrativo no puede adelantar oficiosamente el examen de la posible violación de normas superiores no señaladas por el actor, en este caso la Sala solo se limita a declarar que la norma acusada no puede infringir el artículo 35 del Decreto 222 de 1983, pues el Código Fiscal del Distrito Especial de Bogotá no está sujeto a esa disposición. Pero esto no descarta la posibilidad de que el literal ñ del numeral 1 del artículo 233 del mencionado Código Fiscal pueda contrariar normas legales superiores que igualmente consagran el principio establecido en el artículo 35 del Decreto 222 de 1983."

"El concepto de la Sala de Consulta del Consejo de Estado de fecha 20 de febrero de 1986, elaborado con ponencia del Consejero Doctor Humberto Mora Osejo, transcrito pericialmente por el coadyuvante en el alegato de Conclusión, resulta indiscutible, pues es evidente que la administración no puede revocar unilateralmente el acto de adjudicación. Sin embargo para que ese planteamiento sirva de sustento jurídico a una solicitud de nulidad de una norma que quebrante esa regla, se requiere que en la demanda se indique precisamente el precepto de superior jerarquía que la consagra. Y es claro que en la demanda de este proceso no se cumple con esa exigencia."

"En estas condiciones la Sala se aparta del concepto de la Señora Fiscal Segunda de la Corporación y en su lugar llega a la conclusión de que se debe negar la pretensión de nulidad de la parte impugnada del artículo 233 del Código Fiscal del Distrito Especial de Bogotá."

- II -

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 154 y siguientes del Cuaderno No 1, obra el escrito en que el demandante hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso, para lo cual discurre dentro del siguiente universo:

"II. LA ILEGALIDAD DE LA NORMA ACUSADA - MOTIVOS DE INCONFORMIDAD FRENTE A LA PROVIDENCIA APELADA -

"En los alegatos de conclusión de primera instancia se adujeron a una serie de argumentos jurídicos, sustentados en jurisprudencia de H. Consejo de Estado, que no fueron analizados suficientemente por el H. Tribunal, los cuales a juicio

del suscrito recurrente permiten concretar la ilegalidad y por ende la nulidad interpuesta por el demandante. Por lo tanto, me referiré a esos argumentos para analizar la posición adoptada por el H. Tribunal."

"La acción propuesta por el demandante pretende la declaratoria de nulidad de la frase final del literal "ñ" del numeral 1o del Art. 233 del Código Fiscal de Bogotá D.E., emitido por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá, según Acuerdo No 6 de 1985, que dice: "Y DE UNA VEZ ADJUDICADA CONTRATAR O NO CONTRATAR".

"Según los Art. 5o de la Ley 19 de 1982 y 1o inc. 4o del Decreto -Ley 222 de 1983, el tema de los efectos en materia de contratos de la administración para los departamentos y municipios, está reservado a la Ley. Así las cosas, debe entenderse esta aplicabilidad al Distrito Especial de Bogotá, por cuanto no existe norma de carácter legal que excepcione lo previsto en las normas citadas."

"Al establecer el Art. 125 de la ley 9a de 1989 que cuando en el Decreto 1333 de 1989 se haga referencia a los municipios, dicha referencia debe extenderse hecha al Distrito Especial de Bogotá en los aspectos que no exista regulación expresa. Ahora bien, como el Art. 47 de la ley 11 de 1986, expresa igualmente que los efectos de los contratos de los municipios se rigen por la ley, no debe existir duda ninguna frente a que los efectos de los contratos del Distrito Especial de Bogotá deben estar sujetos a las normas legales, y que las normas distritales deben respetar a aquellas."

"No puede considerarse como pretende el H. Tribunal que el Decreto 222 de 1983 no sea aplicable al Distrito Especial de Bogotá en la parte relativa a la adjudicación de los contratos, pues es evidente que el espíritu de las normas (Art. 5o de la Ley 19 de 1982 y 1o del Decreto - Ley 222 de 1983) es el de autorizar a los entes departamentales y municipales para regular únicamente lo relativo a la formación y adjudicación de los contratos que celebren y las clásulas, pero no en los demás aspectos que se refieren a aquellos, como es el de los efectos de la adjudicación, el cual como predican las normas citadas está reservado a la ley."

"Por lo anterior, la norma acusada viola flagrantemente el Art. 35 del Decreto 222 de 1983 que regula la relación bilateral y contractual emanada de la adjudicación, ya que según ésta norma "Ejecutoriada la resolución de adjudicación, ésta es irrevocable y obliga por lo mismo a la entidad y al adjudicatario". Y es que la norma distrital no puede desconocer esa manifestación de voluntad que consigna la entidad administrativa al adjudicar el contrato, la cual crea para ella una relación de derecho con respecto al contratista, siendo oportuno destacar que dentro de las obligaciones que emanan se halla precisamente la de elevarse la adjudicación a un contrato escrito."

"En efecto, el H. Consejo de Estado se ha pronunciado sobre el tema de los efectos de la adjudicación en los contratos administrativos, al expresar que "La etapa de licitación contractual culmina ordinariamente o bien con el acto de adjudicación o bien con el que la declara desierto y a ella sigue en el primer evento la contractual propiamente dicha."

"Pero, en ninguna de las dos posibilidades puede hablarse de un acto de trámite, ya que en la una o en la otra se define una actuación administrativa o se cierre una etapa precontractual."

"El acto de adjudicación cierra, así, la etapa indicada y abre la contractual. Pero en ninguna parte permite la ley que hecha la adjudicación pueda revocarse y menos declararse desierta la licitación."

"No se puede revocar por impedirlo así el artículo 27 el Decreto 150 de 1976, que a la letra dice: "Ejecutoriada la resolución de adjudicación, ésta es irrevocable y obliga, por lo mismo, a la entidad y al adjudicatario."

"Y no se puede declarar desierta una licitación luego de la adjudicación del contrato porque existiría sustracción de materia. No se declara desierta una licitación que ya llegó a su feliz término, que ya cumplió su cometido y abrió la etapa contractual". (C. E. Sentencia del 4 de febrero de 1982. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo Expediente No 2656 - Anales del Consejo de Estado. Primer Semestre de 1982. Págs 482 y ss)."

"En el mismo sentido la Sala de Consulta y Servicio Civil ha expresado sobre el tema que:

"...Si la administración estima que adjudicó ilegalmente un contrato, no le es permitido revocar unilateralmente el acto de adjudicación; *para ello debe demandar su anulación,* utilizando el denominado por la doctrina española recurso de lesividad" (Subrayado mio) (Concepto de febrero 20 de 1986, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente" Dr. Humberto Mora Osejo.- Radicado No 11)."

"Por último, el aceptar como lo hace el H. Tribunal la no ilegalidad de la norma acusada, conllevaría para la administración el pago a su costa de una gran fuente de condena por concepto de perjuicios consistentes en las ganancias que racionalmente hubiera obtenido el contrato burlado, no obtante haber sido el beneficiado con la adjudicación, pero que, amén de la norma acusada, la administración gozaría de una facultad abierta y ostensible ilegal, para abstenerse de contratar no obstante previamente esta ejecutoriada su decisión de adjudicar el contrato." (folios 155 a 157).

- III -

VISTA FICAL

La Fiscal Octava de la Corporación, Dra. MARIA ESTELA PENA DE MENDEZ, en su concepto de fondo *OBSERVA:*

"De conformidad con lo dispuesto en el artículo 5o de la ley 19 de 1982, las normas sobre tipos de contrato, clasificación, efectos, responsabilidad y terminación están reservadas a la ley, así como las inhabilidades e incompatibilidades."

"A su vez, el Estatuto Contractual de la Nación y sus Entidades Descentralizadas (Decreto - Ley 222 de 1983) establece en su artículo 1o inciso 4o que "las normas que en este estatuto se refieran a tipos de contratos, su clasificación, efectos, responsabilidades y terminación así como a los principios generales desarrollados en el Título IV, se aplicarán también en los departamentos y municipios."

"Según estas disposiciones, los contratos que celebran los Departamentos y Municipios del país en materia de contratación que rigen por ellas."

"De conformidad con artículo 199 de la Constitución Nacional el Distrito Especial de Bogotá, fue condicionado sin sujeción al régimen municipal a un régimen propio en procura de la autonomía administrativa y fiscal de la Capital de la República y por medio del Decreto 3133 de 1968 se organiza administrativamente."

"El ordinal 17 del artículo 13 del citado decreto 3133 de 1968, le confiere facultades al Concejo del Distrito especial de Bogotá para expedir el código Fiscal del mismo Distrito."

"Se observa por consiguiente, que para efectos de la contratación administrativa el Distrito Especial de Bogotá debe sujetarse a lo previsto en el Decreto-Ley 222 de 1983, más no en materia de adjudicación por ser de dos aspectos muy diferentes como lo explica el Tribunal, por lo cual es autónomo en legislar en esta materia."

Se deduce como consecuencia, que para efectos de la adjudicación contractual el Distrito Especial de Bogotá, se rige por su Código Fiscal.

"En este orden de ideas, esta Agencia del Ministerio Público, solicita al H. Consejo de Estado Sección Tercera se confirme la providencia de 1o de febrero de 1990, proferida por el H. Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca." (folios 178 a 179).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia impugnada será revocada, pues el adquem no hace suya la revocación jurídica que hizo el sentenciador de instancia, por no ajustarse, en su universo, ni a la ley ni al derecho.

En el caso sub examine se vivencia que el artículo 233, literal ñ) del Código Fiscal del Distrito Especial de Bogotá en cuanto preceptúa que la administración puede, una vez hecha la adjudicación, "CONTRATAR O NO CONTRATAR", viola en forma ostensible lo preceptuado en el artículo 35 del Decreto 222 de 1983, que en lo pertinente reza:

"Ejecutoriada la resolución de adjudicación , ésta es irrevocable y obliga por lo mismo a la entidad y al adjudicatario." Aquí no cabe argumentar que el centro de imputación jurídica demandado no está obligado a respetar la anterior normatividad, de jerarquía superior, pues el inciso cuarto (4o) del artículo 1o del Decreto No 222 de 1983 es muy claro al disponer que: "Las normas que en este estatuto se refieren a tipos de contratos, su clasificación, *EFECTOS,* responsabilidades y terminación, así como a los principios generales desarrollados en el Título IV, se aplicarán también en los Departamentos y Municipios".

Dentro del anterior marco se tiene que el artículo 35 del decreto ya citado, se anuncia en su contenido bajo el rubro: *"DE LOS EFECTOS DE LA ADJUDICACION"*, realidad que explica que tales consecuencias jurídicas tienen ámbito de aplicación a nivel nacional, departamental o municipal, sin que en este particular sea posible hacer calistenia jurídica para concluir que esa disposición no es aplicable a la ciudad de Bogotá D.C., pues toda la argumentación que se hiciera, en tal sentido, pecaría contra la lógica de lo razonable, y contra el temperamento que tiene el artículo 125 de la ley 9a de 1989, que guía en la interpretación normativa, al disponer que cuando en el Decreto 1333 de 1989 se haga referencia a los municipios, dicha referencia debe entenderse hecha al Distrito Especial de Bogotá, hoy Distrito Capital. Por lo demás, hecha la adjudicación se entera en la órbita de los efectos de ésta, por lo cual los entes territoriales carecen de competencia para hacer su regulación, pues ello está resarcido a la ley.

En la materia que estudia le asiste la razón jurídica al Fiscal Segundo ante el a-quo, cuando en su concepto de fondo discurre dentro del siguiente universo:

> "En ese orden de ideas, si el artículo 35 el Decreto Ley 222 de 1983 indica que la Resolución de adjudicación ejecutoriada se torna irrevocable y, por consiguiente, obliga a los interesados, no cabe duda que no era posible establecer a nivel Distrital, como se hizo en la parte del artículo 233 del código Fiscal de Bogotá D.E. cuya nulidad se depreca, que en el pliego de condiciones concerniente a la licitación pública debe incluirse la facultad para la entidad que lo elabora, de contratar o no contratar una vez producida la adjudicación, porque esto hecha de menos el carácter vinculatorio de aquella, según lo previsto en el aludido artículo 35, y se traduce en transgresión del mismo" (Folio 136 Cdno 1).

La Sala agrega que también se viola el artículo 5o de la ley 19 de 1982. En este momento del discurso cabe recordar que hecha la adjudicación se deja la órbita precontractual y se deben cumplir los efectos solo los clasifica la Constitución y la Ley. Esta verdad jurídica explica que los ENTES TERRITORIALES carezcan de competencia para modificarlos, pues no se pueden desconocer unilateralmente por ninguna de ellas y menos por la administración, que correría el riesgo de indemnizar los perjucios causados, como lo manda el inciso primero del artículo 90 de la Constitución Nacional, que a la letra preceptúa:

"Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción a la omisión de las autoridades públicas". Sobre el alcance que tiene el concepto "antijuridicidad", en el texto constitucional, cabe recordar que en él se encuadra no sólo la conducta culposa o dolosa sino también la que la administración lleva a cabo por razones de oportunidad o conveniencia, esto es dentro de la óptica que se recoge en el artículo 19 del Decreto 222 de 1983.

B) El real alcance filosófico y jurídico del artículo 35 del Decreto 222 de 1983 no se podrá vivenciar si no se tiene en cuenta que la administración también está obligada a ser seria en su accionar. No se deben abrir licitaciones públicas sin perseguir fines orientados al beneficio común. Los particulares oferentes no pueden ser invitados a licitar bajo el supuesto de que , aún hecha la adjudicación, el ente público queda en LIBERTAD DE CONTRATAR o NO CONTRATAR. Las declaraciones de voluntad, coincidente en su contenido, VINCULAN a las partes, y como lo enseña Karl Larenz, "Se vincula porque sabe que sólo bajo este presupuesto el otro se vincula también y puede confiar en lo que el otro le promete. la conclusión de un contrato es de este modo un acto de autodeterminación a través de una automotivación" (Derecho Justo, pag. 67) Es verdad que la adjudicación no siempre da origen al contrato, pero con ella se crea, como antes se dijo, una situación jurídica concreta, que no puede ser desconocida por la administración sin aventurarse a indemnizar los perjuicios que con tal conducta genere. En el fondo de toda esta problemática está inserta la filosofía moral que enseña que también la administración está obligada a mantener la palabra,salvo que circunstancias extraordinarias justifiquen el incumplimiento. Ella, por lo mismo, no pueden manejar la contratación administrativa con INFORMALIDAD, pues cuando abre una licitación SUSCITA INTENCIONALMENTE CONFIANZA. Por ello enseña Bassenge que es necesario justificar la confianza que en la práctica se ha producido. Esta es una exigencia moral y un principio del derecho justo. No se puede invitar a las personas naturales o jurídicas, a participar en la licitación, bajo el entendido de que al final del proceso estén obligadas sin mas ni mas, a renunciar a sus derechos, o a someter su libertad a restricciones desproporcionadas.

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

F A L L A :

1) REVOCASE la sentencia calendada el día primero (1o) de febrero de mil novecientos noventa (1990), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y en su lugar, DISPONE:

A) Anúlase la frase del literal "ñ" del numeral primero (1o) del artículo 233 del Código Fiscal de Santafé de Bogotá, que reza: "Y UNA VEZ ADJUDICADA CONTRATAR O NO CONTRATAR",por las razones dadas en los considerandos de este fallo.

B) Ejecutoriada la presente providencia, devuelváse el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

RESPONSABILIDAD POR EL SERVICIO DE ADMINISTRACION DE JUSTICIA.

La administración de justicia, además de servicio público, contituye el ejercicio mismo de la potestad del Estado, cuya estabilidad en concreto se halla asegurada por el instituto de la cosa juzgada, que conlleva a la inmutabilidad de sus decisiones y hace imposible replantear jurisdiccionalmente la discusión de un litigio definido mediante sentencia ejecutoriada y en firme.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Tercera.- Santaféde Bogotá D.C., quince de mayo de mil novecientos noventa y dos.

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

Referencia: Expediente No 6023; Actor: Gaseosas Boyacá S.A.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación propuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, en noviembre 2 de 1989, en virtud del cual se denegó las súplicas de la demanda y condenó a la empresa al pago de las costas del juicio.

ANTECEDENTES PROCESALES

1. La demanda. La sociedad comercial Gaseosas Boyacá S.A., en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A., mediante apoderado regularmente constituído y ante el Tribunal Administrativo de Boyacá, presentó demanda en contra de la Nación Colombiana - Ministerio de Justicia con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERA.- Que la Nación Colombiana es responsable de los perjuicios de toda índole, materiales y morales, sufridos por la sociedad "GASEOSAS BOYACA S.A.", domiciliada en la ciudad de Tunja, originados de la *"falta del servicio"* consistente en la ineficiencia de la tutela jurídica invocada por la nombrada sociedad - deber primordial del Estado para con sus administrandos, ineficacia causada por el desconocimiento de las Resoluciones número 03163 de 30 de agosto de 1983 el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 062 de 13 de octubre del mismo año de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Boyacá, 067 de 31 de octubre de 1983 de la misma División y 04213 de 24 de noviembre de 1983 de la Dirección General de Trabajo, desconocimiento llevado a cabo a través de la sentencia dictada, el siete (7) de noviembre de mil novecientos ochenta y seis (1986), por el Juzgado Laboral del Circuito de Tunja, y, a través de las decisiones de la Sala Civil Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, pronunciadas el tres (3) de abril y veintinueve (sic) (21) de mayo de mil novecientos ochenta y siete (1987) respectivamente, dentro del proceso ordinario promovido ante el juzgado Laboral del Circuito de Tunja por el señor JUAN ANTONIO ARCHILLA JUNCO contra la sociedad "GASEOSAS BOYACA S.A.", con domicilio en Tunja.

"SEGUNDA.- Que como consecuencia de la anterior declaración, la Nación Colombiana debe pagarle a la sociedad "GASEOSAS BOYACA S.A.", con domicilio en la ciudad de Tunja, el valor de todos los perjuicios causados tanto materiales como morales debidamente actualizados.

"TERCERA.- Que por concepto de daños o perjuicios materiales no valorables pecuniariamente, la Nación Colombiana deberá pagarle a la sociedad "GASEOSAS BOYACA S.A.", como indemnización, una suma equivalente, en moneda nacional a cuatro mil gramos oro.

2. El fallo recurrido. Las razones que tuvo en cuenta el Tribunal para tomar esa determinación fueron, en esencia, las siguientes;

a.- Respecto de lo que la parte actora denomina la ineficacia de la tutela jurídica del Estado frente a los actos administrativos proferidos por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, que la demanda sostiene que fueron desconocidos por la jurisdicción ordinaria en lo laboral, dijo:

"Conviene distiguir que esa falta o ineficiencia de tutela jurídica como lo denomina la demanda, no obedece a una actuación omisiva del órgano jurisdiccional del Estado, caso en el cual se trataría de una especie de negación de justicia, sino por el contrario, la supuesta ineficiencia deviene en función del criterio interpretativo que estructuró la decisión del Tribunal Superior, Sala Civil Laboral, en los fallos mencionados. Esta claridad interesa a la decisión de las pretenciones puestas a nuestro conocimiento en la medida de uno u otro supuesto.

"Así las cosas, la proposición jurídica planteada desarrolla la teoría de la falla en el servicio público de la justicia a partir del estudio del principio de obligatoriedad y ejecutividad de los actos administrativos, como condición de su oponibilidad en el mundo jurídico y respecto de las demás autoridades de la República." (fl. 132 C.1).

b.- En el punto tocante con la falla del servicio que de configurarse genera la responsabilidad patrimonial del Estado, expresó:

"Para los fines de esta decisión, resulta saludable recalcar que evidentemente, el fallo del Tribunal en manera alguna desconoció la existencia como categorías jurídicas, de los actos del ministerio del Trabajo; conforme a continuación pasamos a verlo, el manejo del esquema planteado a través del cual el Tribunal de instancia concluye la concurrencia de los tres presupuestos para despedir a trabajadores aforados, no es más que el mérito de una función interpretativa, de hermenéutica, que a la sazón, condensa un aspecto vertebral de la función jurisdiccional.". (fl. 134 C.1).

c.- Menciona las razones aducidas por Tribunal Superior de Distrito judicial de Tunja -Sala Civil Laboral, de las cuales destaca como punto central la tarea de dilucidar si el trabajador cuyo despido fue autorizado por el Ministrio del Trabajo y Seguridad Social participó o no en el cese de labores que se le imputa; a continuación transcribe los siguientes apartes:

"Y continúa el Tribunal, la participación que se cuestiona pudo efectivamente haber existido; sin embargo, si esa existió no cabe duda que la misma fue tranzada por las partes, circuntancia que a no dudarlo neutraliza la estructuración de la denominada justa causa para la terminación del contrato de los trabajadores demandantes. lo que consecuencialmente acarrea la declaratoria de ilegalidad en el despido y la prosperidad de la pretensión del reintegro.

"No cabe a nuestro juicio ningún escollo para valorar lo transcrito, que en suma condensa la conducta supuestamente generadora para la acción de reparación, como una labor netamente hermenéutica y que en su momento realizó el órgano jurisdiccional competente. Compartiendo en este tema el criterio fiscal, resulta infundado sostener que el Tribunal con su fallo haya desconocido la existencia jurídica de unos actos administrativos; por el contrario la Sala Civil Laboral reconoce su existencia e INTERPRETA (resaltado por la Sala), el alcance de su eficacia jurídica dentro de un proceso judicial, labor esta que circunscribe ciertamente la razón de ser de la función jurisdiccional, respecto de la cual el juez no puede claudicar y sobre la que gravita con soberbia importancia uno de los mayores compromisos del juzgador frente a la comunidad.

"Con lo hasta aquí analizado, sería suficiente para desestimar las pretensiones de las demandas, pues como se observa, la Sala Civil Laboral del Tribunal Superior de Tunja, en manera alguna desconoció los actos administrativos del Ministerio de Trabajo, y ya se vió que la parte axial de las tesis de la demanda, no es otra que

sustentar el desborde del órgano judicial al hacer nugatoria la eficacia jurídica de unos actos administrativos del ministerio de trabajo, con lo cual entre otras cosas, de aceptar la imposibilidad del juez para interpretar el acto administrativo en un proceso judicial, se llegaría al limitar los poderes fundamentales de éste, pues como lo sugiere la demanda, el proceso judicial no tendría otra opción que la de dar tratamiento de cosa juzgada a lo actuado por las autoridades administrativas del trabajo, teniendo que cerrar los ojos al resto de contingencias, que como en el caso sub-examen, no alcanzaron a ser recogidas por los actos administrativos para arribar al establecimiento de la verdad verdadera, propósito esencial en la actuación judicial." (fls 135 a 136 C 1).

El *a-quo* termina afirmando que:

"Con lo hasta aquí analizado, fluye la imposibilidad de acceder favorablemente a las pretensiones de la entidad demandante, evento que se origina en deficiencias puramente sustanciales que ya quedaron examinadas, y lo que es quizá más protuberante, por la ausencia de vías doctrinales y jurisprudenciales que permitan sobre precedentes análogos elaborar aún más la teoría de la responsabilidad extra-contractual del Estado a la luz del derecho público." (fls. 144 a 145 C.1).

*3. **La impugnación.*** El mandatario judicial de la parte demandante, inconforme con la sentencia que se acaba de reseñar, la apeló solicitando su revocatoria y, en su lugar, un fallo favorable a las pretensiones planteadas en los procesos acumulados en el asunto sublite; las razones para recurrir aparecen expuestas en el memorial de sustentación que obra a folios 146 y 148, en el que se aduce fundamentalmente:

"Aquí el problema planteado nada tiene que ver con la cosa juzgada. No se pretende desconocer la fuerza jurídica de unas sentencias, ni si efecto vinculante; se busca una indemnización por el *desconocimiento* hecho por el h. Tribunal Superior de Tunja de la fuerza vinculante de unos actos administrativos de carácter particular, actos que eran intangibles. El Tribunal Superior, simplemente, realizó un desconocimiento equivalente al desconocimiento de la cosa juzgada judicial (sic)." (fl. 146 C.1).

Luego agrega:

"Si hubo una transacción anterior a los actos administrativos que autorizaban el despido de los trabajadores, y dicha transacción impedía conceder la autorización, tal evento ha debido hacerse en la vía administrativa; y si en esta no se obtenía el oportuno reconocimiento, acudir entonces a la justicia administrativa. porque los recursos existen no sólo en la justicia ordinaria sino también frente a la administración y en la justicia administrativa." (fl. 147.

En resumen, afirma el recurrente:

"Aquí el problema no es el de una interpretación discutible de una autoridad judicial; el problema es el desconocimiento de unos actos intangibles que han

causado unos perjuicios, y dándose los elementos que configuran la responsabilidad del Estado, éste debe indemnizarlos cabalmente." (fl. 148).

4. El trámite de la segunda instancia. Al descorrer el traslado para alegar de conclusión, en el escrito visible a los folios 155 a 164, el apelante reitera los planteamientos que formuló con la demanda y en el escrito de sustentación de la apelación.

La entidad demandada pide confirmar el fallo de primera instancia para lo cual reitera los argumentos que esgrimió al contestar el libelo inicial y en el alegato de conclusión de la primera instancia. Enfatiza que no están configurados los elementos de la falla del servicio; que en el asunto sub-lite no se está discutiendo una actividad administrativa sino que se pretende controvertir sobre los resultados de unos fallos judiciales; que la jurisprudencia nacional no admite que las sentencias que dicen los jueces tengan la virtualidad de generar la responsabilidad civil extracontractual estatal a favor de la parte a la que le fue adversa la respectiva decisión

5. El concepto fiscal. El doctor Jaime Mossos Guarnizo, Fiscal Octavo del consejo de Etado, pide confirmar el fallo recurrido pues considera que la providencia dictada por la justicia ordinaria que dispuso el reitegro de los trabajadores que había despedido la empresa no vulneró ningún acto administrativo y que al estar ejecutoriada, debe respetarse.

En apoyo de su oposición, destaca la Vista Fiscal:

"...si bien es cierto que las Empresas de Boyacá S.A. (sic) al terminar los contratos de trabajo lo hicieron en base a un acto administrativo expedido por el Ministerio de Trabajo, también es cierto que estos obreros tenían derecho a recurrir a la justicia laboral, que es la encargada de decidir los conflictos jurídicos surgidos entre patronos y trabajadores.

"Ahora, el hecho de que el Tribunal Superior de Tunja haya ordenado el reitegro a los trabajadores despedidos por las Empresas Gaseosas Boyacá S.A. no quiere decir con ello que estaba desconociendo los actos administrativos expedidos al respecto por el Ministerio de Trabajo, sino que encontró errores que lesionaban los derechos a los trabajadores." (fl. 168 a 169 C.1).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Pretende el recurrente la revocatoria del fallo para que, en su lugar, se declare a la Nación Colombiana - Ministerio de Justicia responsable de los daños y perjuicios que se le irrogaron por la falla o falta del servicio oficial que consistió, según él, en el desconocimiento, por la Justicia Ordinaria, de los actos administrativos que la autorizaron para despedir a seis de sus trabajadores que participaron en el cese de labores que tuvo lugar en la empresa los dias 20 y 21 de junio de 1983.

Las personas afectadas promovieron con éxito la acción de reitegro que Consagraba la ley en su favor por lo cual se ordenó reinstalarlos en sus antiguos puestos de trabajo y pagarles las prestaciones que prevé la ley en esos casos.

Por cada uno de los fallos del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja -Sala Civil-Laboral-, la empresa instauró una acción de reparación directa originando procesos independientes que luego se acumularon por presentar identidad de partes y de pretensiones.

En estas condiciones, el primer problema que debe abordar la Sala se refiere a establecer si es o no posible deducir la responsabilidad decretada en la demanda por fallas de la administración de justicia.

La responsabilidad oficial con ocasión de actuaciones jurisdiccionales, o por el denominado error judicial, no se hallaba establecida de manera específica en la legislación que rigió para cuando ocurrieron los hechos y había sido rechazada jurisprudencialmente, por considerar que implicaba desconocimiento de la cosa juzgada que caracteriza a los fallos jurisdiccionales.

La jurisprudencia de la Corporación se ha inclinado por considerar que la administración de justicia, además de servicio público, contituye el ejercicio mismo de la potestad del estado, cuya estabilidad en concreto se halla asegurada por el instituto de la cosa juzgada, que conlleva a la inmutabilidad de sus decisiones y hace imposible replantear jurisdiccionalmente la discusión de un litigio definido mediante sentencia ejecutoriada y en firme.

Como ha tenido oportunidad de expresarlo el Consejo de Estado, en nuestro país la tendencia ha sido la de reconocer únicamente la responsabilidad personal del juez, dentro de las taxativas hipótesis del artículo 40 del C. de P.C.

De los pronunciamientos hechos en ese sentido se destaca, a título de ejemplo, la sentencia de la Sala Plena de la Corporación de 16 de diciembre de 1987 (Expediente No R-012, Actor: Olga López Jaramillo) citada por el tribunal, en la que con ponencia del Consejero Doctor Gaspar Caballero Sierra, expresó:

> "Bien puede decirse que una cosa es la responsabilidad del Estado por error judicial, cuestión debatida y generalmente no admitidda, y otra bien distinta el atentado cometido contra el derecho a las libertades públicas por los funcionarios judiciales, con ocasión el ejercicio de sus tareas.
>
> "En principio no parece admisible que los errores en que haya incurrido tanto en las sentencias definitivas como en las medidas cautelares, y habiendo mediado la cosa juzgada, puede ulteriormente discutirse y establecerse la existencia de aquellos como fundamento de la responsabilidad del Estado por el daño, material y moral, causado al inocente. No hay allí posibilidad de imputar esa responsabilidad al Estado y menos que tenga que reparar el posible daño. Como bien lo advierte Jean Rivero , la actividad jurisdiccional se

manifiesta esencialmente por la sentencia la fuerza de la verdad legal que se vincula a ellas parece excluir toda responsabilidad fundamentada sobre la falta. El principio no se debe sino en caso de error judicial cometido por una jurisdicción judicial y de medidas de instrucción como el Consejo de Estado Francés (28 de noviembre de 1958) han admitido que los actos preparatorios separables de la sentencia pueden contituir faltas de servicio que comprometen la responsabilidad del estado". (fls. 142 a 143 C.1).

La Sala ha acogido esa misma orientación, como puede verse en la sentencia de 24 de mayo de 1990 (Expediente No 5451, Actor: Carmen Rosa Farfan), en la que con ponencia del consejero Dr. Julio Cesar Uribe Acosta, dijo:

"b) Como lo destaca muy bien la fiscalía, en su concepto de fondo, es verdad jurídica que en derecho colombiano el Estado no responde en los casos en que el Juez procede con dolo, fraude o abuso de autoridad, o cuando omite o retarda injustificadamente una providencia o el correspondiente proyecto, o cuando obra determinado por error inexcusable. Así se desprende de los preceptuado en el artículo 49 del Código de Procedimiento Civil, que está en concordacia con lo dispuesto en el artículo 25 de la misma obra, en los cuales se lee:

"Art. 40 Responsabilidad del juez. Además de la sanciones penales u disciplinarias que establece la ley, los magistrados y jueces responderán por los perjuicios que causen las partes, en los siguientes casos:

"1) Cuando proceden con dolo, fraude o abuso de autoridad.

"2) Cuando omitan o retarden injustificadamente una providencia o el correspondiente poyecto.

"3) Cuando obren con error inexcusable, salvo que hubiere podido evitarse el perjuicio con el empleo de recurso que la parte dejó de interponer.

"La responsabilidad que este artículo impone se hará efectiva por el trámite del proceso ordinario. La demanda deberá presentarse a más tardar dentro del año siguiente a la terminación del proceso respectivo. La sentencia condenatoria en los casos de los numerales 1 y 3 no alterará los efectos de las providencias que la determinaron.

"En caso de absolución del funcionario demandado, se impondrá al demandante, además de las costas y los perjuicios, una multa de mil a diez mil pesos.

"Art. 25. Competencia funcional de la Sala de Casació Civil 1...2...3...4...5...6. De los procesos de responsabilidad de que trata el artículo 40, contra los magistrados de la Corte y de los Tribunales cualquiera que fuere la naturaleza de ellos."

"También el Decreto 1888 de 23 de agosto de 1989, reafirma la anterior perspectiva jurídica al consagrar:

"Art. 9o. Son faltas de los funcionarios y empleados contra la eficacia de la administración de justicia...
"b) Omitir o retardar injustificadamente el despacho de los asuntos a su cargo o el trabajo que determina la ley o los reglamentos de la oficina, o dejar vencer sin justa causa los términos sin la actuación correspondiente.

"Dentro del marco legal anterior fácil es concluir que el legislador optó por manejar la problemática que se recoge en el citado articulado con la filosofía que informa LA CULPA PERSONAL y no con la que inspira y orienta la FALTA O CULPA DEL SERVICIO. Esta realidad explica que corresponda al juez responder con su propio patrimonio y, por lo mismo, indemnizar el daño. No existe en Colombia un texto legal que a manera de lo preceptuado en la ley francesa de 5 de febrero de 1972, mada:

"La responsabilidad de los jueces por razón de sus faltas personales está regulada por el estatuto de la magistratura en lo concerniente a los magistrados del cuerpo judicial.. El Estado garantiza a las víctimas de los daños causados por las faltas personales de los jueces y otros magistrados, sin perjuicio de su acción contra estos últimos."

"Brilla también por su ausencia un texto contitucional que tenga el alcance del artículo 121 de la Constitución española de 1978 que dispone:

"Los daños causados por error judicial, así como lo que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la administración de justicia darán derecho a una inemnización a cargo del Estado, conforme a la ley."

"La realidad normativa que se deja expuesta sería suficiente para confirmar el fallo impugnado, pero dada la importancia del asunto, la Sala desea hacer algunas consideraciones marginales sobre el mismo, con el fin de darle fuerza de convicción a la sentencia.

"c) Es verdad que el Consejo de Estado , en casos excepcionales, que se recogen en buena parte en la jurisprudencia citada por el a-quo, ha aceptado la responsabilidad de la administración por UN MAL SERVICIO ADMINISTRATIVO, como ocurre por ejemplo cuando de los despachos judiciales se sustraen títulos y se falsifican oficios, pues en tales circunstancias bien puede hablarse de una actividad no jurisdiccional imputable al servicio judicial. Esto explica que en el fallo de 10 de noviembre de 1967, dictado dentro del proceso No 867, con ponencia del Dr. Gabriel Rojas Arbeláez, se precisará:

"Una cosa es la intangibilidad de la cosa juzgada, presupuesto fundamental de la sociedad y también dogma político, y en ciertos actos que cumplen los jueces

en orden de definir cada proceso, lo que no requieren de más que de la prudencia administrativa. Por eso cuando con esos actos se causan daños, haciéndose patente como en el caso en estudio, el mal funcionamiento del servicio público, es indudable que surja la responsabilidad... No es este el primer caso en que la nación es condenada al pago de los perjuicios por hechos de esta naturaleza, provenientes unas veces por la inseguridad en que se mantienen los despachos judiciales y otras por negligencia de sus empleados. (subrayas de la Sala)".

Con relación a ese pronunciamiento, el Consejero Doctor Carlos Betancur Jaramillo aclaró su voto, planteando algunas hipótesis en las que se morigera o atenúa esa posición, pero dejando incolume en términos generales el principio de la cosa juzgada; en los apartes pertinentes, dice:

"1o.- No puede afirmarse en forma rotunda que en el derecho colombiano no se dé la responsabilidad del Estado por la falla del servicio judicial, porque se contempló la falta personal de los jueces.

"Aunque la doctrina y la jurisprudencia han sido tradicionalmente renuentes a hacer extensivos los principios de la responsabilidad administrativa al campo judicial, existen casos, sobre todo en la administración misma del servicio, que muestran su defectuoso funcionamiento y con él la posibilidad de responsabilizar a la administración.

"2) El hecho de que en el derecho colombiano se haya regulado expresamente la responsabilidad del juez, no quiere decir que, por esa razón, esa responsabilidad no pueda coexistir con la de la adminstración.

"Aceptar el punto de vista extremo que trae la sentencia equivaldría, en otras palabras, a firmar en los eventos de falla del servicio por el hecho del funcionario, que como la conducta personal punible de éste debe someterse a las normas del derecho penal, no podrá subsumirse esa conducta en otra normatividad diferente para derivar otras consecuencias, como serían las que cansagra la responsabilidad del Estado por la falla del servicio de sus funcionarios.

"Así el juez, puede ser responsable por su conducta, como tal, en relación con un proceso dado, no se ve por qué el Estado, quien es el responsable del servicio intitucionalmente no pueda también resultar comprometido, en especial cuando concurrió para que se diera esa situación perjudicial.

"3) Claro está que la responsabilidad por el defectuoso servicio judicial no podrá mirarse ni con la generalidad ni con la extinción de la responsabilidad de la administración, *strictu sensu.* Sólo por excepción podrá darse, porque la intitución de la cosa juzgada en un escollo, entre otros, que en la mayoría de los casos impediría hablar de falla del servicio.

"4) El mismo funcionamiento moroso o tardío del servicio, tendrá que verse, dentro de esta perspectiva, con criterio restrictivo, porque no deberá predicarse

esa posible falla, en relación con el Estado ideal, con un servicio de justicia dotado de todos los medios y auxilios científicos y técnicos que merece y requiere. La falla del servicio tiene así que estudiarse consultando la realidad; y si dentro de ésta la falla reviste especial y excepcional gravedad, nada impide que resulten comprometidos el juez y el Estado Colombiano.

En síntesis, como el Tribunal analizó de manera extensa y seria los diversos aspectos de la litis y como nada justifica variar la citada jurisprudencia del Consejo de Estado que se estima correctamente aplicada, se confirmará en todas sus partes la sentencia recurrida.

Tal circunstancia, sin embargo, no impide anotar al margen que de la lectura detenida y atenta de los fallos de la jurisdicción ordinaria no evidencian preterminación o desconocimiento de ningún acto administrativo. En verdad, en ejercicio de su legítima labor de hermenéutica, dedujo que la empresa había desconocido el Acuerdo 21 de junio de 1983 en el que se transigió aquel conflicto obrero patronal. Lo anterior indica, que esos actos no se revocaron o desconocieron y tampoco se inaplicaron por vía de excepción.

Quiere lo anterior significar que aún si no existiera el escollo sustancial que impide recnocer la responsabilidad estatal por falla de la actividad jurisdiccional, tampoco hallarían prosperidad las pretensiones de la demanda, pues fallan los elementos axiológicos absolutamente indispensables para ello.

Como bien lo declara la parte actora, en esta Corporación, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, bajo el No. 1676, cursó el proceso indicado en virtud de demanda incoada por Gaseosas Boyacá S.A., encaminado a obtener el anulatorio de la resolución del ministerio de Trabajo y Seguridad Social No 04177 de 22 de noviembre de 1983, mediante la cual revocó directamente el artículo 2o de la Resolución No 03163 del 30 de agosto del mismo año , que autorizó a la empresa para despedir a los trabajadores que participaron en el cese de actividades ocurrido en la compañía.

La controversia se resolvió con sentencia de 21 de agosto de 1991, que declara la nulidad decretada como pretensión principal y agrega:

"En consecuencia la sociedad demandante queda en libertad para despedir a los trabajadores responsables de la suspensión ilegal de labores de que trata la última Resolución en mención y dentro de los parámetros normativos establecidos en el artículo 2o de la misma."

El actor solicitó la celebración de una audiencia pública en escrito visible a folio 164. Consultada la Sala sobre el particular, esta consideró que tal diligencia no revestía importancia en este proceso.

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

F A L L A :

CONFIRMASE la sentencia apelada

Cópiese, nortifíquese y devuélvase al Tribunal de origen,

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha catorce (14) de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

SENTENCIA / TERMINOS - Interrupción / **PODER ESPECIAL** - Referencia

La decisión es oportuna pese a la existencia de un recurso de reposición pendiente relacionado con la renuncia que de los poderes presentó el primer apoderado de los demandantes, porque una vez entrado el negocio a despacho para fallo esta clase de solicitudes no puede interrumpir los términos para dictar la sentencia. Además, con lo aquí decidido no se afectan los derechos procesales de la parte, ya que los poderdantes que fueron notificados de la mencionada renuncia tuvieron la oportunidad para designar otro apoderado; y los que no fueron, siguen representados por los apoderados iniciales.

FALLA DEL SERVICIO DE TRANSITO-Inexistencia / **FALLA DEL SERVICIO DE TRANSITO** -Señalización / **CULPA DE LA VICTIMA**

Para la Sala no se probó la falla del servicio y tiene plena certeza que todo se debió a la conducta culposa e imprudente del conductor del vehículo, quien, pese a las condiciones especiales que representaba la vía en el lugar del accidente a esas horas; lo conducía a velocidad excesiva. El lugar de los trabajos estaba debidamente señalizado.

CONCURRENCIA DE CULPAS/ COMPENSACION-Diferencias **RESPONSABILIDAD SOLIDARIA/ HECHO DE UN TERCERO/ CULPA DE LA VICTIMA**

Cuando el hecho perjudicial ha sido causado por dos o más personas, no se produce una división de la responsabilidad, como si cada uno llevara apenas una parte de la culpa, sino que por mandato legal surge, una obligación solidaria de responder. Cuando concurre el hecho de tercero con la falla de la administración se da la concurrencia de sujetos responsables y por eso se habla de solidaridad entre éstos. Pero cuando el hecho de terceros es exclusivo y determinante será causal de exculpación, porque por sí solo fue el productor del daño. En cambio en la compensación

no interviene, el hecho del tercero sino la culpa propia de la víctima en concurrencia con la del otro sujeto responsable para causar el daño. Aquí puede hablarse de esa compensación cuando tanto la conducta de la una como de la otra fueron la causa del perjuicio. Porque cuando la culpa de la víctima tiene nota de exclusividad y puede estimarse como único motivo de ese daño, esa culpa será causa de exculpación del sujeto sindicado de la misma y no compensación.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Tercera.- Santafé de Bogotá D.C., mayo diez y ocho (18) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero ponente: *Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia: Expediente No 2466.- Indemnizaciones; Actor: Alfonso Trujillo Mejía y Otros.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia dictada por el tribunal administrativo de Risaralda, mediante la cual dispuso:

"PRIMERO.- Las Empresas Públicas de Pereira son responsables del cincuenta por ciento (50%) de los perjuicios materiales y morales, incluído el daño emergente y el lucro cesante, representados por la muerte de los señores JUAN GUILLERMO TRUJILLO SANTACOLOMA, JORGE EDUARDO BAENA MEJIA Y JAIME ALVAREZ MEDINA en accidente de tránsito ocurrido el veinte (20) de diciembre de mil novecientos setenta y cinco (1975), aproximadamente a las siete (7) de la noche, en el sitio denominado "Nacederos"; situado en jurisdicción del municipio de Pereira, en la carretara central Pereira-Cartago.

"SEGUNDO.- Condénese, en abstracto, a las Empresas Públicas de Pereira a pagar a los herederos el señor JUAN GUILLERMO TRUJILLO SANTACOLOMA, señores Alfonso Trujillo Mejía, María Cecilia Santacoloma de Trujillo, Luz Cecilia Trujillo de Gaviria, Gonzalo Trujillo Santacoloma y Francisco Javier Julian Santacoloma, el 50% de los perjuicios materiales y morales ocasionados por la muerte del primero.

"TERCERO.- Se condena en abstracto, a las Empresas Públicas de Pereira a pagar a los herederos del señor JORGE EDUARDO BAENA MEJIA, señores Luis Eduardo Baena Arboleda, Rosalba Mejía Escobar de Baena, María Cristina Baena Mejía, Gloria Inés Baena Mejía, Luis Fernando Baena Mejía y Jaime Baena Mejía, el 50% de los perjuicios materiales y morales ocasionados por la muerte del primero.

"CUARTO.- Se condena, en abstracto, a las Empresas Públicas de Pereira, a pagar a los herederos del señor JAIME ALVAREZ MEDINA, señores Mario

Alvarez Marulanda, Nelly Medina Jaramillo de Alvarez, Cecilia Alvarez Medina, Mario Alvarez Medina, Emilio Alvarez Medina, Alberto Alvarez Medina, y Diego Alvarez Medina, el 50% de los perjuicios materiales y morales ocasionado por la muerte del primero.

"QUINTO.- Los perjuicios materiales objeto de las anteriores condenas serán regulados en la forma prescrita en el artículo 308 del C. de P.C. Los perjuicios marales serán tasados al prudente arbitrio en el auto que desate el incidente,"

Como hecho el libelo en sítesis expone:

10 Que las Empresas Públicas de Pereira llevaba a cabo trabajos de reparación en el sitio "Nacederos" (entrada de la vía Pereira-Cerritos) el día 20 de diciembre de 1975, sin cumplir las mas elementales normas de prudencia.

2) Que a eso de las 6 y 1/2 de la noche , el jeep Willys, modelo 1952 de placas JL 1956 conducido por el joven Carlos Arturo Ochoa M., y cuando se dirigía al centro de la ciudad se volcó, produciéndole la muerte a los jovenes Juan Guillermo Trujillo Santacoloma, Jorge Eduardo Baena Mejía y Jaime Alvarez Medina.

3) Que ese volcamiento se produjo cuando el conductor del vehículo se encontró intempestivamente con una carpa de color oscuro en mitad de la vía y una vallas colocadas a muy poca distancia de donde se había abierto la etapa de la cámara telefónica existente sobre la calzada, viniendo del barrio Cuba.

4) Que la apertura de la cámara subterránea sin las señales adecuadas de prevención y sin guardar las mas elementales normas de pruedencia fue la causa de la tragedia, imputable al establecimieto público demandado.

5) Que coadyudaron a esa tragedia, la falta de visibilidad por los matorrales existentes a la entrada de la curva en el sector derecho; la humedad en el pavimento, ya que a esa hora llovía; el color de la carpa; la falta de una técnica de señalización (vallas a distancia adecuada, mechones encendidos, etc, etc.); la oscuridad por la defectuosa iluminación de la zona etc, etc.

6) Que tales hechos impidieron al conductor del vehículo hacer maniobra que evitara la tragedia, ya que éste "al tratar de evitar el obstáculo colocado sobre la calzada en la orilla derecha de la carretera, desvió el citado vehículo hacia la izquierda, maniobra que dio lugar a que éste tomara con las llantas izquierdas el separador" allí existente y marchara por éste hasta llegar a un "sumidero" ancho y profundo, y sin tapa ni reja, donde definitivamente quedó instantáneamente descontrolado el jeep produciédose así inevitablemente el trágico volcamiento que le causó la muerte al joven GUILLERMO TRUJILLO SANTACOLOMA y que produjo la casi total destrucción del mismo vehículo."

El tribunal a-quo para tomar la decisión que se deja transcrita atrás sostuvo:

"Se encuentra más que aprobado en autos que en el sector de la carretara central de Pereira-Cartago, en sitio denominado "Nacederos", el 20 de diciembre de 1975, las Empresas Públicas Municipales de Pereira, estaban acometiendo un trabajo de reparación de una cámara telefónica ubicada bajo el pavimento de la vía en mención, exactamente en el sitio que gráficamente se ilustra en el corquis elaborado por los peritos que obra a fol. 69 del cuaderno de pruebas.

"Para la cabal ejecución del trabajo fue preciso marginar del tráfico automotor parte de la vía en que se efectuaba aquél. Como señales externas de dicho marginamiento la prueba es multánime en acreditar la existencia de una carpa que cubría el agujero dentro del cual se desarrollaba la labor de reparación del registro telefónico. Carpa que, conforme a los testimonios de los obreros que estaban trabajando en el momento de ocurrencia del siniestro (Teodomiro Mayor Gómez, Gilberto Franco Zuluaga, Luis Ovidio Alzate Bedoya y Manuel de Jesús Ruiz Grajales, folios 39 vto, y ss, del cuaderno de pruebas), estaba provista de una bombilla encendida en la parte de afuera, y, otra, dentro del agujero o recámara. También, y a manera de protección de la carpa y señal de existencia de la misma, se encontraban dos llamadas vallas de prevención, situadas antes de la carpa en la forma y distancia ilustradas en el croquis del folio 69 y la consecuente explicación consignada por los peritos en el concepto visible a los folios 70 y ss, del cuaderno de pruebas.

"Asimismo, y como señal, ésta si de existencia muy controvertida en autos, se habla de un mechero en la curva inmediatamente anterior al sitio en donde se encontraban ubicadas las vallas y la carpa (ver cróquis). La existencia de esta señal la afirman los trabajadores de cuyos testimonios ya se hizo mención y el testigo Luis Beltran Mejía Gutiérrez (fl. 38 fte cuaderno de pruebas), residente en casa de habitación situada al frente del lugar de los hechos, Manifiestan no haberla visto la noche de autos los testigos Luis Eduardo Baena, padre de una de las víctimas del accidente y la señora Leonor Ramirez de Zuluaga (atestaciones recibidas en la diligencia de inspección judicial visible a folio 55 y ss).

"Lo enunciado configura el hecho presuntamente constitutivo de la falla o falta del servicio. Hecho *probado* en cuanto dice relación con el trabajo que ejecutaban obreros al servicio de las Empresas Públicas Municipales de Pereira; existencia de señales externas indicativas de que la labor se estaba realizando, a saber; dos vallas de prevención y una carpa que cubría a el sitio exacto donde estaba ubicada la cámara telefónica sometida a reparación. La existencia o no de un mechero encendido en la curva anterior al sitio referenciado es afirmada por unos y negada por otros."

Luego de estas reflexiones el mismo tribunal analiza el daño y su relación causal y la incidencia de la decisión penal sobre el caso controvertido, para concluir:

"Así las cosas, la sala cree estar en presencia de un caso en donde CONCURREN la falla del servicio (por deficiente señalización) y la no desvirtuada presunción de culpa del conductor del vehículo cuyo volcamiento se tradujo en el

lamentable resultado que nos preocupa, como causas, o concausas del mismo. La procedencia de esta figura en el tratamiento contencioso administrativo de la responsabilidad extracontractual la avala el siguiente fragmento de doctrina citado por el H. Consejero Dr. Jorge Valencia Arango en ponencia de octubre 28 de 1976:

"...Así mismo, se ha sostenido que constituye causa exonerativa de responsabilidad la circunstancia de que el hecho dañoso no sea imputable cuando quiera que sea producido por la actuación exclusiva de un tercero, de la víctima o por el acaecimiento de una fuerza mayor o caso fortuito.

"De la misma manera, se ha expresado que la exoneración puede ser total o parcial según que en la producción del hecho dañoso solamente intervengan los eventos antes enunciados o por el contrario, participe también en parte la acción o la omisión administrativa.

" Pero sí para producir la responsabilidad de los entes públicos no se acude a las nociones del derecho civil de culpa o presunciones de la misma en determinadas actividades, para establecer si el hecho proviene de un tercero o de la víctima tiene que acudirse a esas nociones que es claro que los particulares sólo responden por los hechos que cometen con dolo o culpa aún tratándose de ciertas actividades peligrosas en las cuales se presume la segunda."

" Lo discurrido indica que se accederá a declarar la responsabilidad parcial de las Empresas Públicas Municipales de Pereira por el accidente ocurrido el 20 de diciembre de 1.975, aproximadamente a las siete de la noche, en el sitio denominado "Nacederos", en la carretera central Pereira-Cartago, jurisdicción del Municipio de Pereira, y en el cual perdieron la vida los señores Juan Guillermo Trujillo Santacoloma, Jorge Eduardo Baena Mejía y Jaime Alvarez Medina."

Tanto la parte actora como la entidad demandada apelaron la sentencia.

Para resolver, se considera:

Para la señora fiscal, la sentencia apelada merece ser acogida parcialmente. Así en su visita de 8 de junio de 1984, a folios 219 y siguientes del C. 1, sostiene:

" El día que ocurrieron los hechos, 20 de diciembre de 1975, en el mencionado campero iban seis jóvenes cuyas edades oscilaban entre 18 y 19 años, estudiantes todos de bachillerato, al decir de ellos venían de comer y se dirigian a sus casas. En las declaraciones que ellos rindieron afirman que el vehículo marchaba a una velocidad de 40 a 50 kilómetros por hora. Que al terminar una curva de la carretera, el conductor del vehículo Carlos Arturo Ochoa, trató de esquivar unas carpas que estaban en la vía y perdío el control del vehículo, ocasionándose el fatal accidente.

" Debe anotarse que en el momento del accidente no se elaboró croquis o plano oficial del mismo, que en la investigación posterior y siguiendo las declaraciones de los testigos se trató de reconstruir el accidente y de elaborar un croquis.

" Por una parte, se pudo establecer, que sobre la vía estaba colocada una carpa de las que utilizan las Empresas Públicas cuando reparan las líneas telefónicas. También quedó probada la existencia de una vallas puestas por la Empresa anunciando el peligro y la existencia de un mechero. Así mismo, que en la carpa había dos bombillos encendidos, que había llovido y la vía estaba mojada.

" En segunda instancia se practicaron algunas pruebas y los peritos rindieron el dictamen que aparece al folio 165 C-5. Dicho dictamen mereció algunas críticas del apoderado del ente demandado y ellas realmente son fundadas y por tanto aceptables.

"Nótese, que con similares elementos de juicio, los peritos ingenieros nombrados en primera instancia , no pudieron dar respuestas certeras a muchos de los interrogantes (ver fl. 71 C-6).

" En el dictámen visible a folio 165, los peritos afirman: " A una velocidad de 25 a 35 kilómetros por hora que, repetimos es la que hemos señalado como la velocidad normal a la que debe conducirse un jeep Willys modelo 1952 por la carretera Pereira-Cartago Pereira (sic) en el sector de la vieja Estación del Ferrocarril en Nacederos, cruce con la salida a nivel del Aeropuerto de Matecaña, resulta peligroso esquivar un obstáculo..."
" Se pregunta esta fiscalía, si a esa velocidad -25 y 35 - k/h - existe peligro, siendo mayor la velocidad, como lo afirma el mismo conductor y lo corroboran algunos de los testigos, ocupantes del vehículo, no resulta imprudente y por tanto determinante de la ocurrencia del accidente, la velocidad con que venía el campero? Indudablemente que sí.

" Despues de estudiar todas las pruebas allegadas y teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el accidente, se llega al convencimiento, que en la ocurrencia de los hechos se conjugaron dos elementos determinantes. Por una parte la velocidad del campero, y por otra la forma de señalización que, aunque existió, ha podido ser mejor.

"No escapa a este despacho el hecho de que en el sitio donde quedó accidentado el vehículo existe un *sumidero* de aguas lluvias sobre el separador central. Uno de los declarantes afirma que las llantas del vehículo cayeron en ese hueco y por eso el campero se voltió. A este mismo hecho se refieren los peritos al rendir su dictamen (fl. 71 C-6). No se puede desconocer, que esta circunstancia incidió en la magnitud de la tragedia.

" Así pues, en el presente caso existe la concurrencia de culpas en la producción del hecho por el cual se reclama y los perjuicios a que haya lugar deben ser disminuídos.

" En relación con los perjuicios, debe observarse que sólo habrá lugar al reconocimiento de los morales. Los materiales especiales no fueron probados. las víctimas eran todas menores, estudiantes y no trabajaban."

Por su lado, el señor apoderado de la demanda pide la revocatoria de la sentencia y la denegación de las súplicas de la demanda. Critica seriamente la decisión del tribunal y en especial la valoración probatoria. En este aspecto le niega credibilidad al dictamen pericial y las versiones de los testigos, las que se consideran interesadas. Concluye en que hubo exceso de velocidad, que las medidas de prevención eran suficientes y que todo se debió a la culpa del conductor del vehículo.

Para la Sala no asiste la razón a la parte actora la providencia apelada deberá revocarse, para en su lugar denegar las súplicas de la demanda. Para el efecto se seguirá el siguiente orden: la sentencia del tribunal; la concurrencia y la compensación; la falla del servicio; el hecho del tercero y la conclusión.

a.) La sentencia del tribunal

Para tomar la decisión, cuya parte resolutiva se transcibió atrás, estimó el a-quo que en el caso controvertido se dió una concurrencia de culpas casuales. por un lado, la falla del servicio por deficiente señalización; y por otro, la culpa del conductor del vehículo, no desvirtuada. Concurrencia que le hizo declarar que la entidad demandada no estaba obligada sino al pago del 50% de la indemnización.

A este respecto, se anota:

b.) Concurrencia de culpas y compensación.

En este punto existe marcada confusión en el a-quo porque tomó como compensación lo que era pura y simplemente una concurrencia de culpas. Se reafirma esta confusión porque los dos fenómenos corresponden a dos figuras jurídicas diferentes. Cuando el hecho perjudicial ha sido causado por dos o más personas (los sujetos son su causa eficiente) no se produce una división de la responsabilidad, como si cada una llevara apenas una parte de la culpa, sino que por mandato legal surge una obligación solidaria de responder; es decir, que el acreedor o damnificado podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por esto, como lo dice el artículo 1571 del c.c, pueda oponérsele el beneficio de división.

Esa solidaridad la crea en forma inequívoca el artículo 2344 del mismo código; y este principio se ha adaptado por la jurisprudencia administrativa a la responsabilidad estatal, pese a que el fenómeno de la culpa no pueda manejarse con los criterios privatistas y pese a que los entes estatales no puden cometer delitos.

Y se ha hecho esa adaptación porque es frecuente que la falla del servicio (que no siempre es anónima) concurra con la conducta personal del agente público, bien sea dolosa o culposa (casos de falla del servcio del funcionario). En tales eventos,

si esa conducta personal pone de presente el funcionamiento irregular del servicio público puede aceptarse que también se da la falla administrativa; lo que no impide que por lado y con otra normatividad diferente se juzgue esa conducta personal del agente desde la perspectiva penal o disciplinaria.

En el sentido, cuando se da concurrencia de culpas no se puede dividir la obligación indemnizatoria y menos por la vía de la compensación, como se hizo en el caso concreto al condenar solo con un 50%. En otras palabras, cuando concurre el hecho de tercero con la falla de la administración se da la concurrencia de sujetos responsables y por eso se habla de solidaridad entre éstos. pero cuando el hecho de terceros es exclusivo y determinante será causal de exculpación, porque por sí solo fue el productor del daño.

En cambio, en la compensación no interviene el hecho del tercero sino la culpa de la propia víctima en concurrencia con la del otro sujeto responsable para causar el daño. Aquí puede hablarse de esa compensación cuando tanto la conducta de la una como de la otra fueron la causa del perjuicio. porque cuando la culpa de la víctima tiene nota de exclusividad y puede estimarse como único motivo de ese daño, esa culpa será causa de exculpación del sujeto sindicado de la misma y no de compensación.

Cuando la culpa de la víctima sea exclusiva o cuando el hecho de tercero tenga esa misma nota no podrá hablarse de responsabilidad de la entidad pública, porque no existirá la relación de causalidad entre un hecho de ésta y el perjuicio.

Tan clara es la diferencia entre los fenómenos enunciados que el mismo código civil los trata en dos formas diferentes. Mientras la concurrencia con efectos de solidaridad (presencia de más de un sujeto responsable) está regulada en el artículo 2344 del c.c., la compensación, con efectos morigeradores de la condena, está contemplada en el artículo 2357 en los siguientes e inequívocos términos: " la apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente."

Aplicados estos puntos de vista al fallo recurrido se observa dicha confusión. Si el a-quo hubiera sido lógico en su análisis ante la aceptación de la concurrencia entre el hecho del tercero (el conductor del vehículo, señor Carlos Arturo Ochoa M. quien no es parte demandante) y la falla del ente demandado, habría tenido que condenar en su integridad a éste, sin pensar para nada en la reducción de la condena.

Ahora bien. Aquí se pregunta la sala . Se dio en el subjudice alguno de los fenómenos explicados atrás, o sea la culpa de la víctima o el hecho de tercero?

Para contestar estos interrogantes se observa, fuera de lo explicado, que los aludidos fenómenos pueden ser causales de exculpación de la responsabilidad estatal cuando, como se dijo atrás, son exclusivos y determinantes, en grado tal que muestren que no se dio el supuesto de la relación de causalidad entre el hecho irregular que se le imputa a la administración y el perjuicio que dice sufrió la persona afectada.

La culpa de la víctima no se puso en evidencia dentro del proceso. Pero sí se estableció en forma inequívoca el hecho del tercero, causa de la tragedia.

Concurrió ese hecho con la falla del servicio? Fue exclusiva y determinante la conducta del conductor del vehículo en la ocurrencia de la tragedia? O fue una causa más, igualmente eficiente, en dicha ocurrencia?

La falla y sus pruebas

Para la sala no se probó la falla del servicio y tiene la plena certeza que todo se debió a la conducta culposa e imprudente del conductor del vehículo, quien, pese a las condiciones especiales que presentaba la vía en el lugar del accidente a esas horas, lo conducía a velocidad excesiva.

Por qué no se dió la falla?

La respueta aparece nítida en el expediente. El lugar de los trabajos estaba debidamente señalizado. El mismo tribunal así lo acepta cuando afirma que una carpa cubría la cámara dentro de la cual se desarrollaban los trabajos y que ésta estaba provista de dos bombillas encendidas (una en el interior y otra por fuera); y que además existían dos vallas metálicas de prevención, situadas antes de la recámara (dirección Cartago- Pereira) y a las distancias prudenciales indicadas por los peritos (a folios 72 y ss. del C. 6).

Es deleznable el argumento del tribunal cuando concluye, sin explicación alguna, que se dió la falla del servicio, pese a las indicadas señales de prevención, porque existen dudas sobre la presencia de un mechero encendido en el lugar de los acontecimientos; y lo es no sólo porque en parte alguna se dice que sin ese mechero las señales anotadas eras insuficientes, sino porque el acervo probatorio sí lo puso en evidencia. El hecho de que algunos testigos, que por una u otra causa se pueden calificar de interesados o sospechosos, no lo hayan visto, no cambia el aserto de su existencia.

A folios 155 del cuaderno No 5 obra la respuesta que la entidad demandada le dió al juez 16 del Instrucción Criminal y en la cual se detalla la señalización existente en el lugar de los trabajos ese dia trágico. Allí se indica que la señalización utilizada fue:

La carpa protectora de la recámara y dos bombillas incandescentes; dos vallas, de indicación del peligro, aproximadamente a 10 mts. del sitio de la reparación; otra valla de peligro a 4 o 5 mts, de las nateriores; *y un mechero encendido a unos 5 mts de la anterior.* (subrayas de la sala.).

Esta respuesta, que obra en el documento público de 5 de marzo de 1976, no fue desvirtuada; y por el contrario resultó corroborada con el análisis de conjunto de los distintos testimonios. Así, la sala le da especial valor a la declaración del señor Luis Beltrán Mejia G., vecino del lugar de los acontecimientos (su casa de

habitación al frente, a unos 15 mts de la aludida cámara) y quien rindió su trestimonio durante la diligencia de inspección judicial practicada por el juzgado 16 de instrucción . Allí expuso, al preguntársele sobre las señales de prevención existentes: " Si señor, ellos tenían carpas y tenian vallas; *tenían un mechero desde antes del accidente* y las vallas atrás de la carpa (a folio 83 C.5. Al insistírsele si a parte de las lámparas luminosos de la avenida existían mecheros especiales, encendidos, a lo largo o en otros sitios, contestó: *"Habíá uno atrás de las vallas,* después de las vallas (señala hacia Cartago) " (a folio 84).

Este mismo testigo rindió declaración dentro del proceso y su dicho coincide en lo fundamental con su primera versión ante el juez penal. reafirma la existencia del mechero y de las demás señales de prevención (a folios 56 del C. 6). No es aceptable que su dicho pierda credibilidad al enfréntarlo con el testimonio contrario del señor Luis Eduardo Baena, obviamente interesado en sostener determinada versión, por ser no sólo demandante en este proceso sino padre de una de las víctimas. En esto el tribunal actuó en especial ligereza y por fuera de las reglas de la sana crítica que debió aplicar para evaluar esta prueba y el resto del caudal probatorio.

El testigo Manuel de Jesús Ruiz Grajales confirma la existencia de las señales de prevención, cuando declara: "Habian tres vallas, señales de peligro, entre una distancia de 10 a 15 mts., una de otra, para cubrir una distancia de 35 a 40 mts, aproximadamente. *A unos 5 mts, mas o menos había una fogata, eso es un mechón de hilaza* que se le está echando gasolina o ACPM *ardiendo alli desde muy temprano".* (a folios 48 C 6).

Son contestes también en afirmar la existencia del mechero del ACPM encendido los testigos Manuel Cardona R. (al folio 49), Gilberto Franco (41), Teodomiro mayor (40), Luis Obedio A. (f.43), Juan J. Gómez (a fol. 45) y Fabio Gómez (a fol. 46).

Se habló de la falta de lógica del tribunal porque éste, luego de aceptar que las señales de prevención eran adecuadas, ante la duda de la existencia de un mechero concluyó que se daba la falla del servicio, sin siquiera decir porqué y como si en realidad ésta fuera la única señal valedera y adecuada para tales efectos. No, para la sala aunque hubiera existido ese mechero (cuya presencia se estima incuestionable), las otras señales eran insuficientes y adecuadas para salvaguardar la vida y la integridad de las personas que circulaban por allí. Las mismas personas interesadas aceptan esas señales de prevención aunque las califican como insuficientes. En relación con éstas pueden verse los testigos de Carlos Alberto Escobar B. y José Fernando Zuluaga (pasajeros del vehículo accidentado, y quienes resultaron lesionados (a folios 74 y siguientes y 84 y siguientes del C.5)

Estos testigos, como se dijo, aceptan la existencia de las señales de prevención, pero las cuestionan como insuficientes o desubicadas. Sus dichos merecen poca credibilidad porque su interés en defender a su amigo Ochoa M. (el conductor) es evidente, dado el riesgo que en ese momento corría frente a la investigación penal

que se le seguía por homicidio culposo en accidente de tránsito, máxime cuando ni siquiera poseía licencia de conducción y era menor de edad.

La sala sostiene la adecuada señalización aún frente al dictamen pericial que obra a folios 165 y sigientes del C. 5 y en el cual los peritos Tarcisio Roldán Palacio y Daniel Florez Pérez la estiman insuficiente en relación con los cánones internacionales. Y no se acepta este experticio porque los peritos no se basan sobre hechos reales o directos sino que se apoyan en lo que el expediente muestra en materia de señales de prevención. Así, la prueba dejó de ser directa para volverse meramente hipotética o indirecta. Además, aunque se basan en la reglamentación de una supuesta " *convention sur la circulation soutiere* " que se dice, sin prueba alguna, que fue adoptada en Ginebra el 19 de septiembre de 1949, las exigencias de dicha convención utilizadas por las Empresas en el trabajo que estaban efectuando.

Si no eran suficientes las señales utilizadas (una carpa protectora, dos bombillas incandecentes, dos vallas de protección a unos 10 mts y otra a otrs 5 y un mechero encendido), no ve la sala cómo podría entonces llenarse tal exigencia.

La suficiencia de esas medidas igualmente se infiere de que, pese a soportar ese lugar de la vía una intensa circulación de vehículos no se probó la ocurrencia de ningún otro accidente en esos días anteriores o posteriores a la tragedia aquí analizada.

Finalmente sobre la supuesta falla del servicio la sala hace referencia al testimonio el señor Heber Rubiano Alzate, llegado a última hora como el testigo clave del asunto y quien narra que estuvo en el lugar de la tragedia unos minutos después de sucedida ésta y que en dicho sector sólo "había una carpa negra que estaba casi en el centro de la carretera, no había ningún mechero ni ninguna señal de tránsito." (a folio 123 del C. 5).

Pues bien. La sala no le da ninguna credibilidad a este testigo, no sólo porque su dicho está en abierta pugna con la abundante prueba testimonial que obra tanto dentro de este proceso como dentro del proceso penal que evidencia lo contrario, sino porque la "coincidencia" de su presencia en el lugar de los acontecimientos, casi tres años después, con un vehículo similar al accidentado, cuando el despacho a cargo de quien redacta esta providencia (solo los interesados conocían su desplazamiento a Pereira) se preparaba a reconstruir los hechos y en esos momentos hacía la insinuación de que la diligencia debía cumplirse en lo posible con un vehículo jeep Willys 1952, no es aceptable y mucho menos creíble a la luz de la sana crítica.

Este testigo de última hora, pese a presentarse como de condiciones especiales, nadie lo había llamado a declarar ante el tribunal ni ante la justicia penal. Pero, finalmente, sí declara y afirma que el lugar no había señales de peligro.

habitación al frente, a unos 15 mts de la aludida cámara) y quien rindió su trestimonio durante la diligencia de inspección judicial practicada por el juzgado 16 de instrucción . Allí expuso, al preguntársele sobre las señales de prevención existentes: " Si señor, ellos tenían carpas y tenian vallas; *tenían un mechero desde antes del accidente* y las vallas atrás de la carpa (a folio 83 C.5. Al insistírsele si a parte de las lámparas luminosos de la avenida existían mecheros especiales, encendidos, a lo largo o en otros sitios, contestó: *"Había uno atrás de las vallas,* después de las vallas (señala hacia Cartago) " (a folio 84).

Este mismo testigo rindió declaración dentro del proceso y su dicho coincide en lo fundamental con su primera versión ante el juez penal. reafirma la existencia del mechero y de las demás señales de prevención (a folios 56 del C. 6). No es aceptable que su dicho pierda credibilidad al enfrentarlo con el testimonio contrario del señor Luis Eduardo Baena, obviamente interesado en sostener determinada versión, por ser no sólo demandante en este proceso sino padre de una de las víctimas. En esto el tribunal actuó en especial ligereza y por fuera de las reglas de la sana crítica que debió aplicar para evaluar esta prueba y el resto del caudal probatorio.

El testigo Manuel de Jesús Ruiz Grajales confirma la existencia de las señales de prevención, cuando declara: "Habian tres vallas, señales de peligro, entre una distancia de 10 a 15 mts., una de otra, para cubrir una distancia de 35 a 40 mts, aproximadamente. *A unos 5 mts, mas o menos había una fogata, eso es un mechón de hilaza* que se le está echando gasolina o ACPM *ardiendo alli desde muy temprano".* (a folios 48 C 6).

Son contestes también en afirmar la existencia del mechero del ACPM encendido los testigos Manuel Cardona R. (al folio 49), Gilberto Franco (41), Teodomiro mayor (40), Luis Obedio A. (f.43), Juan J. Gómez (a fol. 45) y Fabio Gómez (a fol. 46).

Se habló de la falta de lógica del tribunal porque éste, luego de aceptar que las señales de prevención eran adecuadas, ante la duda de la existencia de un mechero concluyó que se daba la falla del servicio, sin siquiera decir porqué y como si en realidad ésta fuera la única señal valedera y adecuada para tales efectos. No, para la sala aunque hubiera existido ese mechero (cuya presencia se estima incuestionable), las otras señales eran insuficientes y adecuadas para salvaguardar la vida y la integridad de las personas que circulaban por allí. Las mismas personas interesadas aceptan esas señales de prevención aunque las califican como insuficientes. En relación con éstas pueden verse los testigos de Carlos Alberto Escobar B. y José Fernando Zuluaga (pasajeros del vehículo accidentado, y quienes resultaron lesionados (a folios 74 y siguientes y 84 y siguientes del C.5)

Estos testigos, como se dijo, aceptan la existencia de las señales de prevención, pero las cuestionan como insuficientes o desubicadas. Sus dichos merecen poca credibilidad porque su interés en defender a su amigo Ochoa M. (el conductor) es evidente, dado el riesgo que en ese momento corría frente a la investigación penal

que se le seguía por homicidio culposo en accidente de tránsito, máxime cuando ni siquiera poseía licencia de conducción y era menor de edad.

La sala sostiene la adecuada señalización aún frente al dictamen pericial que obra a folios 165 y sigientes del C. 5 y en el cual los peritos Tarcisio Roldán Palacio y Daniel Florez Pérez la estiman insuficiente en relación con los cánones internacionales. Y no se acepta este experticio porque los peritos no se basan sobre hechos reales o directos sino que se apoyan en lo que el expediente muestra en materia de señales de prevención. Así, la prueba dejó de ser directa para volverse meramente hipotética o indirecta. Además, aunque se basan en la reglamentación de una supuesta " *convention sur la circulation soutiere* " que se dice, sin prueba alguna, que fue adoptada en Ginebra el 19 de septiembre de 1949, las exigencias de dicha convención utilizadas por las Empresas en el trabajo que estaban efectuando.

Si no eran suficientes las señales utilizadas (una carpa protectora, dos bombillas incandecentes, dos vallas de protección a unos 10 mts y otra a otrs 5 y un mechero encendido), no ve la sala cómo podría entonces llenarse tal exigencia.

La suficiencia de esas medidas igualmente se infiere de que, pese a soportar ese lugar de la vía una intensa circulación de vehículos no se probó la ocurrencia de ningún otro accidente en esos días anteriores o posteriores a la tragedia aquí analizada.

Finalmente sobre la supuesta falla del servicio la sala hace referencia al testimonio el señor Heber Rubiano Alzate, llegado a última hora como el testigo clave del asunto y quien narra que estuvo en el lugar de la tragedia unos minutos después de sucedida ésta y que en dicho sector sólo "había una carpa negra que estaba casi en el centro de la carretera, no había ningún mechero ni ninguna señal de tránsito." (a folio 123 del C. 5).

Pues bien. La sala no le da ninguna credibilidad a este testigo, no sólo porque su dicho está en abierta pugna con la abundante prueba testimonial que obra tanto dentro de este proceso como dentro del proceso penal que evidencia lo contrario, sino porque la "coincidencia" de su presencia en el lugar de los acontecimientos, casi tres años después, con un vehículo similar al accidentado, cuando el despacho a cargo de quien redacta esta providencia (solo los interesados conocían su desplazamiento a Pereira) se preparaba a reconstruir los hechos y en esos momentos hacía la insinuación de que la diligencia debía cumplirse en lo posible con un vehículo jeep Willys 1952, no es aceptable y mucho menos creíble a la luz de la sana crítica.

Este testigo de última hora, pese a presentarse como de condiciones especiales, nadie lo había llamado a declarar ante el tribunal ni ante la justicia penal. Pero, finalmente, sí declara y afirma que el lugar no había señales de peligro.

Se dirá que fue el conductor del proceso quien decidió ordenar la recosntrucción y que la parte no conocía este propósito. Pues bien. Esto es formalmente cierto. Pero convertir la inspección judicial en una reconstrucción tampoco era un hecho prohibido en la ley, máxime cuando ya no existían huellas de los trabajos en la vía. Y, además, en una u otra se podían recibir pruebas relacionadas con la diligencia misma.

La lógica racional impide darle el mérito a la prueba aludida, pese a lo que se lee en el escrito que obra a folios 203 y 204. Allí se destaca en el alegato de conclusión del primer apoderado:

" Sobre la manera como fue aportado al proceso el testimonio del señor HERBER RUBIANO ALZATE, chofer de profesión, *me permito recordarle al señor Consejero las circunstacias coincidenciales* que dieron lugar a la recepción de este testimonio.

" Efectivamente, usted señor Consejero, deseoso de despejar dudas y aclarar hechos y circunstancias que pudieran influir en la decisión final, durante la práctica de la diligencia de la inspección judicial, *motu proprio,* ordenó la reconstrucción del accidente ocurrido en la noche del 20 de diciembre de 1975, y, al efecto, para lograrla en la forma más perfecta, pensó que ella debía efectuarse en un jeep, y cabalmente, al hacérsele una señal de parada a un vehículo que en ese momento pasaba por el sitio de la inspección judicial, se detuvo el señor Herber Rubiano Alzate quien conducía un jeep, modelo 1952 de iguales características al que había sufrido el volcamiento. El mencionado conductor no solo prestó el vehículo para la práctica de la diligencia de recosntrucción sino que, bajo juramento, narró en forma clara, precisa y espontánea hechos y circunstancias que demuestran la exactitud y realidad de los fundamentos de hecho narrados en la demanda como generadores de los derechos reclamados por la parte demandante. Fue tan perfecta esta reconstrucción que al finalizar ésta casi se repite " *el episodio trágico* " que extiguió la vida de los tres estudiantes (episodio que por ningún motivo podía ser materia de recontrucción). Me atrevería a decir que casi milagrosamente no se produjo la extinción de las vidas de quienes, en servicio de la justicia, intervinieron en esa peligrosa prueba.

" El testigo Rubiano Alzate, interrogado directamente por el señor Magistrado Ponente, suministró durante la recepción de dicho testimonio importantes elementos de convicción que el señor fallador podrá apreciar debidamente. Este testigo, en síntesis, afirma que en la fecha del accidente de tránsito llovía intensamente, que estaba bastante oscuro, con poca visibilidad; que al lado derecho de la vía había mucho rastrojo que llegaba hasta la cerretera central; que logró esquivar la carpa y no volcarse; y que no había mechones ni señales de tránsito. Se advierte que este testigo llegó al sitio del accidente un minuto después de acaecido éste."

Para terminar este acápite, la sala anota:

Se observa que el mismo apoderado y por los mismo hechos, presentó demanda contra la nación-Fondo Vial Nacional -. En esta ya no se imputa responsabilidad a las Empresas Públicas aquí demandadas.

A este respecto puede verse el proceso No 2640, en cuya demanda se explica la causa petendi así:

"II FUNDAMENTOS DE DERECHO

" Los artículos 2o, 16 y 20 de la Constitución Nacional, a la luz de los cuales las autoridades deben proteger a las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes, sin que puedan omitir el cumpliminto de sus funciones, consagran los fundamentos de la responsabilidad estatal, en concordancia con los artículos 67 y 68 del C.C.A., en los cuales precisamente se prevé esa responsabilidad estatal y la reparación o restablecimiento del derecho o en los casos de lesión, desconocimiento o violación de ese derecho por un acto, o por un hecho, omisión u operación administrativa.

" Por medio del decreto 3160 de 1968 y en desarrollo de ese deber e proteger la vida y bienes de los ciudadanos, al Ministerio de Obras Públicas se le atribuyeron en el artículo 1o las funciones de "... b) elaborar, desarrollar y ejecutar los planes y programas de construcción y conservación de las obras públicas que, conforme a las leyes, le corresponde atender directamente ", funciones que cumple ya a través de sus diferentes direcciones ya como administrador del Fondo Vial Nacional, y el mismo decreto se encarga de desarrollar la anterior disposición precisando sus tareas.

" Como se señaló en el hecho 3o de esta demanda los defectos técnicos en la contrucción de la vía, la negligencia en su mantenimiento y señalización y la falta de vigilancia de la misma, contribuyeron a producir el accidente."

El hecho del tercero

Descartada la falla del servicio, ya que se puso en evidencia la adecuada señalización de la vía en el lugar del accidente, se adentra la sala en el estudio del hecho del tercero (el conductor del jeep accidentado, única causa determinante y exclusiva de la tragedia, por exceso de velocidad).

Empieza la sala por recalcar que el automotor era conducido al ocurrir la tragedia por el señor Carlos Arturo Ochoa Mejía, a la sazón menor de edad y quien no poseía ni siquiera licencia de conducción. Se afirma que tenia permiso de tránsito, pero este documento no apareció por parte alguna. También se observa que en el vehículo venían seis personas, incluído su conductor; y esta clase de automotor es normalmente para cinco pasajeron.

Así mismo, se observa que el jeep Willys, modelo 1952, el dia del accidente, 20 de diciembre de 1975, ya tenía 23 años de uso, lo que permite calificarlo de viejo y obsoleto.

Del acervo probatorio se desprende que el automotor en el momento de la tragedia venía a velocidad muy superior a la permitida, en razón del modelo, la lluvia, la hora, la clase y la poca estabilidad del mismo.

Mientras el mismo conductor acepta que venía como a 40 kilómetros por hora (al folio 290 C.6), dos de los sobrevivientes hablan de velocidades superiores. (Carlos Alberto Escobar B., folio 74 y José Fernando Zuluaga, al folio 68 vuelto).

Si de estas declaraciones, de personas obviamente interesadas, se desprende la imprudencia manifiesta del conductor causante de la tragedia, con el dictamen pericial que obra a folios 165 y siguientes del C. 5 se corrobora y confirma más esa conducta culposa, ya que los expertos llegan a la conclusión que la velocidad permitida en la zona, el dia y la hora del accidente, debía fluctuar entre 25 y 35 kilómteros "*para no poner en peligro a los ocupantes, a los peatones y a los demás automotores.*" A este respecto, a folios 167 del C 5, anotan:

" 3. *A una velocidad e 25 a 35 kilómetros por hora,* que en las condiciones preanotadas consideramos normal, un jeep Willys con buenos frenos, buena dirección, buenas llantas y presión de aire equilibrada en todas ellas, puede, *bajo la conducción de una persona con experiencia, alcanzar el punto cero de velocidad entre 4 y 6 metros.*

"4. De acuerdo con la experiencia que nos dejó la reconstrucción del recorrido que hicieron Carlos Arturo Ochoa Mejía y sus acompañantes el dia 20 de diciembre de 1975 en un vehículo similar y aproximadamente a la misma hora, *una velocidad razonable en tiempo de lluvia en el sector de "Nacederos" debe estar entre 25 y 35 kilómetros para no poner en peligro a los acupantes, a los peatones y a los demás automotores.* Hemos llegado a esta conclusión teniendo en cuenta la dificil visibilidad del lugar (una triple curva vertical, derecha e izquierda) con marcha contraria de vehículos por el carril derecho en dirección Pereira- Cartago y pasto elevado sobre la berma derecha en dirección Cartago-Pereira, de acuerdo con el expediente, la deficiencia del limpia-parabrisas de los jeep Willys modelo 1952 que dejan el vidrio delantero empañado, dificultando su conducción bajo lluvia, y la poca intensidad luminosa que producen las farolas de este tipo y modelo de carro."

...

Más adelante escriben:

"6. A una velocidad de 25 a 35 kilómetros por hora *que, repetimos, es la que hemos señalado como velocidad normal a la que debe conducirse un jeep Willys modelo 1952 por la carretera Pereira-Cartago-Pereira en el sector de la vieja Estación del Ferrocarril en Nacederos,* cruce en la salida a nivel del

Aeropuerto de Matecaña, *resulta peligroso esquivar un obtáculo que, como el que ofrecía la carpa utilizada por los trabajadores de la entidad demandada para protegerse, cubría la parte derecha de la calzada y mucho más si es de noche y está lloviendo;* sobre una curva cuya visibilidad dificultaban ella misma y el pasto y rastrojo que, de acuerdo con el expediente, cubría la berma derecha, y que, como personalmente lo experimentamos, el vehículo tiende a colocarse encima del separador de las dos calzadas que tiene allí la vía, apenas se ha sorteado el obstáculo."

Si según los expertos, a esa velocidad de 25 a 35 kilómteros ya era peligroso esquivar un obstáculo como el narrado, qué no podrá decirse entonces a mucho más de 40 kilómetros, velocidad aceptada por los mismo interesados?

Velocidad que todo da a entender que fue mucho mayor, no sólo porque el vehículo al perder el control recorrió más de 50 mts, entre la recámara y el lugar donde quedó volcado luego de dar varias vueltas de campana, sino por el estado de destrucción en que quedó.

Los peritos que intervinieron en el proceso penal hablan de serios destrozos, que lo dejaron casi convertido en chatarra.

Si a esa velocidad de 25 a 35 kilómteros, dicen los peritos designados por este despacho, el vehículo podía parar en unos 4 a 6 mts, cuál no sería la velocidad para dar volteretas y terminar volcado a más de 50 mts.?

Los testigos Manuel de Jesús Ruiz Grajales (folio 47), Teodomiro Mayor (a folio 30) y Luis Beltrán M. (a folio 38) confirman también el aserto sobre exceso de velocidad. Todos coinciden en presentar la versión que el vehículo venía a gran velocidad. El primero de ellos dice que sintió que venía a mil por hora, para respaldar su dicho de manera más gráfica.

Fueron tales los destrozos del vehículo que ni siquiera se lo mostraron al juez instructor cuando se inició la inventigación penal. Luego los peritos, dentro de la misma investigación, detallaron el estado del jeep; estado que confirma que solo un volcamiento a gran velocidad podía producir tales daños.

Sobre el exceso de velocidad existen otros indicios no menos relevantes y que muestras que todo se debió a esta circunstancia.

En primer lugar, obsérvese que la visibilidad desde la curva de la carretera era tan amplia que le hubiera permitido al conductor no sólo sortear el lugar de los trabajos públicos sin márgen de riesgo, sino detener el vehículo, inclusive a la misma velocidad confesada por su conductor.

En la inspección judicial practicada por el despacho (a folios 16 y siguientes del C.5) y ésta en concordancia con las otras pruebas del proceso, se determinó

como distancia de visibilidad 78 mts. (entre la curva y la recámara de trabajo) y de mas de 40 mts entre esa misma curva y el mechero.

En segundo lugar, también habla de ese exceso de velocidad el hecho de que el jeep al sortear el lugar de los trabajos perdió el control de la dirección y chocó contra el separador, para terminar luego volcado en un sumidero existente al lado del citado separador y a unos 50 mts, de distancia.

Es fácil de pensar que solo por ese exceso pudo culminar la maniobra trágica como terminó, a esa distancia de la caverna telefónica y luego de dar volteretas. Si la velocidad hubiera sido siquiera la confesada por Carlos Arturo el volcamiento presumiblemente habría sido de costado y las consecuencias tanto en el vehículo como en los pasajeros habrían sido leves o de poca consideración.

Finalmente anota la sala:

Se estima oportuna esta decisión, pese a la existencia de un recurso de reposición pendiente relacionado con la renuncia que de los poderes presentó el primer apoderado de los demandantes, porque una vez entrado el negocio a despacho para fallo esta clase de solicitudes no puede interrumpir los términos para dictar la sentencia (artículo 404 del c. de p.c., decreto 2282 de 1989).

Además, con lo aquí decidido no se afectan los derechos procesales de la parte, ya que los poderdantes que fueron notificados de la mencionada renuncia tuvieron la oportunidad para designar otro apoderado; y los que no lo fueron, siguen representados por los apoderados iniciales.

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,

F A L L A :

Revócase en todas sus partes la sentencia de 11 de abril de 1978, dictada por el tribunal administrativo de Risaralda y en su lugar se dispone:

Deniégase las súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE

Esta providencia fue aprobada por la sala en su sesión celebrada el dia 14 de mayo de 1992.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

ACTO DE ADJUDICACION/ ACTO SEPARABLE/ ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/ CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Si bien en de adjudicación pertenece a la categoría de actos contractuales que la doctrina y la jurisprudencia ha calificado de " separables del; contrato", y el examen de juricidad a que puede ser sometido delante del juez puede adoptar la vía de la nulidad y del restablecimiento del derecho o el camino de la acción contractual dependiendo de las pretensiones formuladas y no de las simples afirmaciones del actor. Ocurre lo primero cuando el actor se limita a pedir la nulidad del acto de adjudicación y el restablecimiento; en este caso no se ataca para nada la validez jurídica del contrato celebrado como resultas de la adjudicación; sucede lo segundo, cuando la petición de nulidad del acto de adjudicación constituye un elemento que sirve de base al actor para solicitar la nulidad del contrato y la indemnización de perjuicios.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Tercera.- Santafé de Bogotá D.C.,-diez y nueve de mayo de mil novecientos noventa y dos

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

Referencia: Expediente No 7224; Actor: Sociedades Vasquez y Salazar Asfaltos Ltda. "Vasafaltos Ltda."

Resuelve la sala el recurso de apelación interpuesto por la sociedad actora en contra del auto proferido por el Tribunal del lo Contencioso Adminstrativo del Valle del Cauca, en virtud del cual decidió:

"PRIMERO: INADMITIR la demanda presentada por medio de apoderado por las sociedades VASQUEZ Y SALAZAR ASFALTOS LTDA. 'VASAFALTOS LTDA', mediante apoderado, en ejercicio de la acción de

nulidad y Restablecimiento del Derecho, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

"SEGUNDO: Sin necesidad de desglose, devuélvase a la actora los documentos anexos a su demanda." (fls. 52 a 53 C.1).

EL AUTO APELADO

La providencia. objeto del recurso, dice en lo pertinente:

"En la demanda que ante esta jurisdicción ha presentado la Sociedad Vásquez y Salazar Asfaltos Ltda. " VASAFALTOS LTDA.", mediante apoderado, en ejercicio de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, se formularon las siguientes pretensiones en calidad de principales:

" 2.1. Es nulo el acto de adjudicación de la Licitación Pública SSA-006-91 a la sociedad SANTANDEREANA DE TANQUES LTDA., adjudicación hecha mediante la resolución CG-108-91.

"2.2 como consecuencia de la declaración anterior declárase nulo el contrato celebrado entre el MUNICIPIO DE CALI y la sociedad SANTANDEREANA DE TANQUES LTDA., para el suministro del bien objeto de la licitación.

"2.3 Como consecuencia de la nulidad precedente, y a título de restablecimiento del derecho en que ha sido lesionada la sociedad actora.

"2.3.1. El Municipio de cali, pagará a la sociedad VASQUEZ Y SALAZAR ASFALTOS LTDA. "VASASFALTOS LTDA.", o a quien sus derechos represente la suma equivalente al valor de la GARANTIA DE SERIEDAD DE LA PROPUESTA PRESENTADA que conforme al capítulo 7.1, literal e) del pliego de condiciones es del 10% del valor total de la propuesta que según la Póliza 140281 de ASEGURADORA DEL VALLE S.A. es la suma de $27.500.000.oo pesos M/cte.

"2.3.2 El Municipio de Cali, pagará a la sociedad actora, sobre la suma antes referida intereses comerciales dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de la providencia que señale y de ahí en adelante, intereses moratorios como ordena el art. 177 del C.C.A.".

"Así mismo, se plantea como subsidiarias otras a manera de restablecimiento del derecho, según expresamente advierte, las que se exponen de la siguiente manera:

" 3.4 EL MUNICIPIO DE CALI, pagará a la sociedad VASQUEZ Y SALAZAR ASFALTOS LTDA. " VASASFALTOS LTDA.", o a quien sus intereses represente, los perjuicios matriales que se causaron con la no

adjudicación de la Licitación Pública SSA-006-91, los cuales resultarán de estimar lo que se había podido ganar de haber sido favorecida".

"3.5 EL MUNICIPIO DE CALI pagará a la sociedad actora, sobre la suma de dinero que resulte probada de la liquidación de los perjuicios materiales, intereses comerciales corrientes, dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de la providencia que los señale, y de ahí en adelante, intereses moratorios como lo ordena al art. 177 del C.C.A.".

"La sala observa que las peticiones que se detallan en los puntos 2.1 y 2.2 y que han presentado como principales únicas si bien reunen los requisitos relacionados arriba en los literales a) y c), sin embargo se advierte que los mismo son excluyentes entre sí, lo que hace que su acumulación sea indebida.

"En efecto, si se toma como pauta la acción incoada por la actora como es la de nulidad y restablecimiento del derecho se tiene que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el Decreto 2304 de 1989, con ella se busca como finalidad la declaración de nulidad de un acto administrativo creador de una situación jurídica individual y el restablecimietno del derecho o reparación del daño.

"En la pertición que incluye la actora en el item 2.2. del libelo, solicita la declaratoria de nulidad del contrato celebrado entre el Municipio de Cali y la sociedad Santandereana de Tanques Ltda., para el suministro del bien objeto de la licitación pública.

"De su simple confrontación con la norma comentada se observa claramente su incongruencia, pues una pretensión de tal naturaleza sólo podría ubicarse dentro de la acción contemplada en el artículo 87 del Código Contencioso Adinistrativo denomindada "De las controversias contractuales" y no como consecuencia de la nulidad y restablecimiento del derecho. Es sabido que ninguna de las dos acciones cuentan con trámite procedimental especial, pero de toda suerte son excluyentes, porque abedecen a acciones diferentes y además porque la nulidad de un acto administrativo de adjudicación de una licitación no conlleva consecuencialmente la nulidad del contrato celebrado. Interrelacionar las dos peticiones como consecuencias no sólo es improcedente sino ilógico.

"En el caso que nos ocupa, por ejemplo mientras que con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho del acto de adjudicación controvertido, la entidad emandada sería el municipio de Cali, frente a la contractual además de ésta sería la entidad que figura como contratista en el contrato celebrado.

"Igualmente, respecto de esta acción contractual merecería análisis la circunstancia que de acuerdo con la ley sólo pueden solicitar la nulidad del contrato administrativo quienes sean partes del contrato, el ministerio Público y los terceros que acrediten interés en el contrato Sería entonces otro factor a

considerar el posible interés directo que a la actora le asistiría para solicitar la nulidad del contrato adjudicado, y éste por lo menos en la demanda no lo acreditó." (fls. 49 a 52).

EL RECURSO

El recurrente alegó en su favor:

"La providencia recurrida en contraria a la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, como puede verse:

"La Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en sentencia del 5 de mayo de 1977, expediente 1422, con ponencia del Dr. Carlos Portocarrero mutis, en lo pertinente dijo:

"En otras palabras: es procedente la anulación el acto de adjudicación, por cuanto es cierto que ella fue hecha en forma violatoria de las normas de licitación (los pliegos de cargos), y por ende transgresora de la ley sustantiva, como igualmente la declaratoria de nulidad del contrato celebrado posteriormente, aunque se haya vencido el plazo fijado, pues es consecuencia de la nulidad de la adjudicación".

"En idéntica forma se pronunció la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en sentencia del 20 de septiembre de 19776 (sic), expediente 1844, Consejero Ponente Dr. Carlos Portocarrero Mutis, al expresar:

"No significa que no puedan aquellas personas que sientan desconocidos sus derechos por la celebración de un contrato, cuando crean que ellas fueron el mejor postor, demandar. Ellas no demandan las cláusulas contenidas en el convencio (sic), sino el acto de adjudicación del contrato.".

"Yagrega: "En esta apreciación jurídica también se equivoca el Tribunal, pues es innegable que el acto adjudición es una providencia administrativa, no un hecho, operación autónoma o vía de hecho de la administración, y que el contrato no es un acto administrativo propiamente dicho (unilateral) sino un acuerdo de voluntades (pública y privada), se demanda no en forma autónoma sino como consecuencia de la anulación del acto de adjudicación. La demanda en estos casos pretende la anulación de la voluntad administrativa al escoger para contratar (aceptación) a quien no era el mejor proponente y como consecuencia de esa anulación hacer desaparecer el contrato celebrado con esa persona, y finalmente el pago de los perjuicios sufridos al no haber escogido al demandante quien era el mejor oferente y haberlo privado de las ganacias derivadas de la ejecución del convencio (sic). En otras palabras, esta clase de controversias buscan que se anule la decisión administrativa que privó al demandante de las ventajas que hubiera obtenido de haberse celebrado con él el contrato, siendo el mejor postor".

"La sala de lo Contenciso Administrativo, Sección Tercera, en auto de 21 de agosto de 1986, expediente 4880, con ponencia del Dr. Jorge Valencia Arango al respecto dijo:

"Es decir, 'actos separables' no pueden ser sino los preconceptuales, la apertura de una licitación y la adjudicación de la misma, actos trascendentales en el proceso de cotratación administrativa, pero que, su propia naturaleza, existen antes del contrato y aunque, por lo mismo, pueden ser, *'controlables por medio de las otras acciones previstas en este Código'*, como dice el art. 87 in fine, y que no son otras que las de simple nulidad y restablecimiento del derecho, o de plena jurisdicción, sin importar que el respectivo contrato nazca o no a la vida jurídica.

"Vale la pena recordar que, en firme la resolución de adjudicación, hay convención pero aún no hay contrato, pero sí hay una situación jurídica concreta que no puede afectar jurídicamente sino a los licitantes, quienes por lo mismo, son los únicos con interés para impugnar tal decisión administrativa.

"No puede decirse lo mismo en otros actos administrativos contractuales - no separables, precisamente porque no se conciben sin la existencia, del contrato y lo afectan en su perfeccionamiento, interpretación, ejecución o liquidación -, como son, a manera de ejemplo, los que imponen una multa, la cual no puede discutirse sin controvertir el cumplimiento del contrato; la que interpreta unilateralmente el contrato o lo modifica unilateralmente, contras los cuales - decreto ley 222 de 1983- hay que agotar el procedimiento gubernativo, pero sólo pueden impugnarse una vez liquidado; las que decretan la caducidad del contrato inconcebibles sin él, aunque éste sí pueda existir son tales actos."

Y agrega: " Esta clase de actos administrativos contractuales - inseparables del contrato- dan siempre, cuando se impugnan jurisdiccionaslmente, lugar a una controversia contractual o procesal especial regulada por los art. 217 y ss. del C.C.A. y, por lo mismo, su pretensión de nulidad jamás puede acumularse con la de nulidad y restablecimiento de los restantes actos administrativos unilaterales o de los actos administrativos contractuales "separables del contrato".

" Pero lo cierto es que las pretensiones indiscutible naturaleza contractual sólo pueden sustanciarse mediante el proceso especial (art. 217 y ss. del C.C.A.) y no son acumulables no con los de plena jurisdicción contra actos administrativos unilaterales o administrativos contractuales, separables del contrato, todas estas pretensiones que dan lugar al proceso ordinario del actual C.C.C.".

" De lo antes expuesto, se tiene que la demanda en parte alguna pretende obtener declaraciones de origen contractual de las contenidas en el art. 87 del C.C.A., sino, que la nulidad solicitada resulta como consecuencia de la nulidad del acto de adjudicación.

" Del petitum de la demanda se encuentra claramente demostrado que no se está impugnando acto alguno contractual, ni cláusula alguna del contrato, etc

" Finalmente, la providencia recurrida desconoce lo dispuesto en el art. 85 del C. de P.C., en concordancia con el art. 267 del C.C.A., aplicable en los procesos contencioso administrativo. El art. 85 del C. de P.C, modificado por el Dto. 2282 de 1989, art. 1° num 37 *inadmisibilidad y rechazo de la demanda,* señala:

" El juez declarará inadmisible la demanda: 3.- Cuando la acumulación de pretensiones en ella contenida, no reuna los requisitos exigidos por los tres numerales del primer inciso del art. 82".

" Al respecto el num. 2° del inciso 1° del art. 82 del C. de P.C. señala: "Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias".

" El inciso segundo del art. 85 del C.de P.C. dispone:

" En estos casos el juez señalará los defectos de que adolezca, para que el demandante lo subsane en el término de cindo (5) dias. Si no lo hiciere rechazará la demanda"

" Igualmente, de lo dispuesto en el inciso segundo del art. 143 del C.C.A. se tiene que " la demanda se presenta dentro del término de caducidad, el ponente, por auto susceptible de reposición, expondrá los defectos simplemente formales para que el demandante los corrija en el plazo de cico (5) dias; si no lo hiciere, se rechazará la demanda".

" Concordante la norma del C.C.A. con la Norma del C. de P.C. en el sentido de ser posible de corrección la demanda por vicios de forma en su pretensión, señalando el plazo fijado en la norma de procedimiento, considero que por economía procesal ese debió ser el procedimiento a seguir y no el de un *rechazo de plano de la demanda* cuando se dispone:

" Segundo.- Sin necesidad de desglose, devuélvase a la actora los documentos anexos a su demanda". (fls. 56 a 59 C.1=.

Para resolver SE CONSIDERA:

Indudablemente la demandante sse equivoca cuando denomina a la acción cuyo ejercicio genera la demanda, como "de nulidad y restablecimiento del derecho" legalmente consagrada por el artículo 85 del C.C.A., afirmación que repite y argumenta en el escrito de sustentación del recurso. En efecto, si bien el de adjudicación pertenece a la categoría de actos contractuales que la doctrina y la jurisprudencia ha calificado de "separables del contrato", el examen de juricidad a que puede ser sometido delante del juez adoptar la vía de la nulidad y del restablecimiento del derecho o el camino de la acción

contractual dependiendo de las pretensiones formuladas y no de las simples afirmaciones del actor.

Ocurre lo primero cuando el actor se limita a pedir la nulidad del acto de adjudicación y el restablecimiento, consecuente, del derecho que siente lesionado; en este caso no se ataca la validez jurídica del contrato celebrado como resultas de la adjudicación; sucede lo segundo, cuando la petición de nulidad del acto de adjudicación constituye un elemento que sirve de base al actor para solicitar la nulidad deel contrato y la indemnización de perjuicios; en este segundo evento no se puede poner en duda que la acción intentada es de naturaleza contractual como lo revela la simple lectura del artículo 87 del C.C.A. que señala cómo. "El Ministerio Público o el tercero que acredite interés directo en el contrato, está facultado también para pedir su nulidad absoluta". (inciso 3°).

El profesor Carlos Betancur Jaramillo, en una afortunada síntesis jurisprudencial, enseña:

" El nuevo estatuto , 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 meteriales 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 los 2 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 el 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 la pretensión de nulidad absoluta del contrato por vicios en su formación."* (sublíneas de la sala) -Derecho Procesal Administrativo- 3ª ed.- 1992-pág. 488.

Páginas más adelante, el autor citado precisa, en relación con el acto de adjudicación:
" Ha merecido este acto trato especial, no sólo por lo que significa dentro de las operación, sino por el tratamiento que el código administrativo le dio en sus artículos 87 y 136, inciso 8°. Pero ya desde antes la jurisprudencia lo había sometido al tratamiento de los bilaterales por considerarlo el convenio mismo o el ajuste de las voluntades de las partes comprometidas en el proceso selectivo. Dicho pensamiento fue explicado en sentencia de 10 de agosto de 1982".

" El código administrativo lo calificó como separable en el inciso 8° del artículo 136; y al hacerlo, dio a entender que su control sería el propio de éstos, o sea mediante las acciones de nulidad y restablecimiento.

" Pese a esto la jurisprudencia de aquel entonces empezó a distinguir su tratamiento según las pretensiones que se formularan en la demanda.

" Así dijo que si el demandante (uno de los partícipes en la licitación o el recurso) pedía la nulidad del acto de adjudicación y el resarcimiento de perjuicios, sin tocar para nada el contrato celebrado con el favorecido, la controversia podía estimarse como de restablecimiento, para todos los efectos sustanciales y adjetivos a que hubiere lugar.

" Pero que si el demandante iba más lejos, como que fuera de esa nulidad pedía la del contrato y la celebración de éste, con indemnización de perjuicios, la controversia ya no era propia de un acto separable sino típicamente contractual. Aquí la solicitud de la nulidad del contrato, se dijo, conforma la pretensión principal.

" El decreto 2304 no cambió las cosas, pero le dió mayor libertad a los jueces. Es así como la jurisprudencia pronto adoptó y reafirmó la posición que se deja explicada; la que frente a este estatuto, dado el silencio que guarda frente a los actos, ya no tiene los obstáculos que el código señalaba. Es ilustrativa a este respecto la sentencia de febrero 7 de 1990, en la que se reiteró la tesis aludida, no sólo frente a los actos separables sino en relación con el acto de adjudicación". (ibídem, pág. 495 a 496).

Lo dicho muestra con claridad que las pretensiones formuladas en la demanda no son excluyentes como lo estimó el Tribunal y que, por lo tanto su decisión debe revocarse, máxime cuando aparece demostrado suficientemente que la sociedad actora participó en la licitación cuyos resultados cuestiona y que, por lo tanto, tiene interés en proponer las pretensiones de que se trata.

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

RESUELVE:

Revócase el auto de 7 de noviembre de 1991, proferido por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Valle del Cauca; en consecuencia:

a. Admítese la demanda.

b. Notifíquese al sr. Alcalde Municipal de Cali y al sr. Agente del Ministerio Público.

c. Del Municipio de Cali solicítase los antecedentes administrativos de la controversia.

d. Antes de la fijación en lista, la parte actora aportará la prueba de la existencia y reparación legal de la Sociedad Santandereana de Tanques Ltda.

e. Notifíquese al representante legal de "Santandereana de Asfaltos Ltda.".

f. Fíjese en lista por el término legal.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen para su cumplimiento.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha catorce (14) de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

CONTRATO ADMINISTRATIVO-Terminación/ **TRANSACCION**-Inexistencia.

La circunstancia de que en el contrato se hubiere dispuesto que él produciría el efecto de cosa juzgada, y que el contratista se obligaba a no proceder de hecho, por sí o por interpuesta persona, en forma judicial o mediante las vías administrativas contra la administración, y de que en el evento de que tal disposición se violara, le pagaría a ésta una suma de dinero, inmediatamente se comprobara la infracción, no permite darle a tales cláusulas el temperamento del contrato de transacción, pues "no es transacción el acto que solo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa." En el caso en comento el sentenciador no se encuentra con una relación negocial sino frente a una terminación del contrato, por mutuo acuerdo, seguida de la liquidación del mismo.

CONTRATO ADMINISTRATIVO-Terminación/ **LIQUIDACION DEL CONTRATO/ ACTA DE LIQUIDACION**

Las partes, por mutuo acuerdo, decidieron terminar y liquidar el contrato, conforme a la ley. No vivencía la sala que el acuerdo de terminación del contrato, recoja renuncias o registre obligaciones total o parcialmente carentes de causa o en extremo onerosas o leoninas. Conforme a reiterada jurisprudencia, al acta de liquidación, suscrita sin observaciones, en un real corte de cuentas, que permite definir quién debe a quién y cuánto. Ella vincula a las partes que la suscriben no con la filosofía de la cosa juzgada, pero si con la que informe el principio de que a nadie le es lícito venir contra sus actos propios .

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Tercera.- Santafé de Bogotá D.C.,mayo veintiuno (21) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Dr. Julio Cesar Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente No 6435; Actor: Sociedad Epsilon Ltda Ingenieros Civiles y Eléctricos.; Demandado: Empresas Municipales de Cali -EMCALI-

- 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 en dia treinta (30) de agosto de mil novecientos noventa (1990), en virtud de la cual se INHIBIO para conocer de 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 judicialmente dentro del siguiente temperamento:

" La sociedad EPSILON LIMITADA INGENIEROS CIVILES Y ELECTRICOS, con domicilio en la ciudad de Bogotá y obrando por medio de apoderado, presentó ante la corporación demanda contra el Establecimiento Público EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI "EMCALI" en uso de la acción relativa a contratos consagrada en el artículo 87 del código contencioso Administrativo, para efecto de que se hagan las siguientes o similares declaraciones:

" PRIMERA.- Que el Establecimiento público denominado "Empresas Municipalen de Cali, EMCALI", incumplió el contrato N° 6-PE-189-83-ALC, sucrito entre la sociedad "Epsilon Limitada Ingenieros Civiles y Eléctricos", cuyo objeto fue la construcción de los Colectores Cauca, parte final y Cauca Norte.

"SEGUNDA.- Que es nula la Resolución N° 000126 de 19 de noviembre de 1984 con la cual EMCALI procedió a dar por terminado el contrato N° 6-PE-189-83-ALC, suscrito con EPSILON LTDA.

" TERCERA.- Que es nulo el llamado "Contrato para dar por terminado por mutuo acuerdo el contrato N° 6-PE-189-83-ALC , suscrito también con Emcali y Epsilon Ltda.

" CUARTA.- Que como consecuencia del incumplimiento del contrato citado y de las nulidades decretadas, las Empresas Municipales de Cali, Emcali, es declarada responsable y por lo tanto debe indemnizar a "Epsilon Ltda", todos los perjuicios materiales y morales que se determinen en el incidente de regulación respectivo, mediante aplicación de lo dispuesto en los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil".

" La demanda la fundamenta el apoderado de la sociedad actora, en síntesis, en los siguientes,

HECHOS:

"1° Las Empresas Municipales de Cali, EMCALI, adjudicó mediante la Resolución número 120 de noviembre 7 de 1983 la licitación pública número BCH-OC-01-83-ALC, a la firma EPSILON LIMITADA, INGENIEROS CIVILES Y ELECTRICOS.

" 2°.- Como consecuencia de la adjudicación anterior, se sucribió el Contrato número 5-PE-189-83-ALC entre EMCALI y EPSILON LTDA, cuyo objeto fue la "Construcción del Colector Cauca, parte final, y el Colector Cauca Norte".

"3°.- Una vez entregados los terrenos correspondientes, la sociedad contratista dió comienzo a la obra, según actas números 1,2 y 3 de junio 8, julio 18 y agosto 16 de 1984, suscritas por las partes, e intempestivamente 'por medio de la resolución número 1799 de agosto 4 de ese mismo año, EMCALI declaró la caducidad administrativa del Contrato 6-PE-189-83-ALC.

"4°.- Contra la Resolución anterior, Epsilon Ltda, interpuso por medio del apoderado y en tiempo oportuno,recurso de reposición demostrando fehacientemente "la inconsistencia de todos y cada uno de los argumentos aducidos por EMCALI en la motivación de su acto".

"5.- Con fecha 26 de noviembre de 1984, EMCALI, emitió la Resolución número 2682, revocando la que fue objeto del recurso, pero antes, el 19 de noviembre del mismo año, la Junta Directiva de las Empresas Municipales de Cali expidió la Resolución número 000126 "por medio de la cual se autoriza la terminación, por mutuo acuerdo, del contrato número 6-PE-189-83-ALC", que se "hizo efectiva el dia en que se produjo la revocatoria (26 de noviembre de 1984), pues en esa fecha mi patrocinada, obligada por las graves consecuencias económicas, tuvo que firmar el documento que le presentó Emcali, tal vez como condición para que se revocara la caducidad".

" 6°.- En el "contrato para dar terminado por mutuo acuerdo el contrato N° 6-PE-189-83-ALC, con EPSILON", EMCALI le impuso la siguiente cláusula: "QUINTA.- El contratista se obliga a no proceder de hecho, por sí o por interpuesta persona, en forma judicial o mediante las vias administrativas contra Emcali y a cesar las que hubiere iniciado, y en el evento de que violare esta prohibición pagará a Emcali la suma de $26.400.000.oo inmediatamente se compruebe la infracción, sin perjuicio de llevar a efecto lo pactado conforme a lo establècido en el artículo 2486 del código Civil".

" 7°.- En el mismo convenio del 26 de noviembre de 1984, Emcali se comprometió a pagar a Epsilon Ltda, la suma de $13.193.709.41 en un "pago único", obligación que no cumplió, por cuanto lo hizo en forma tardía y fraccionaria.

NORMAS VIOLADAS

" Se citan en la demanda como normas violadas, las contenidas en los artículos 16, 20, 30 y 51 de la Constitución Nacional; 1513,1602, 2469 y 2486 de Código Civil; 19 del Decreto Ley 222 de 1983, y el código fiscal del Municipio de Cali (Decreto 1091 de junio 30 de 1979), en sus artículos 314, 318, 319, 324, 333, 346, 347, 348, 349,484,485,487, 493, 496, 498, 499, 500, 502, 503, 505 y ss y concordantes, lo mismo que el contrato suscrito entre las partes.

POSICION DE LA PARTE DEMANDADA.

" Las Empresas Municipales de Cali, EMCALI, se constituyó en parte impugnadora de la demanda, la que contestó en tiempo oportuno por medio de su representante judicial, quien en su escrito se opone a las peticiones de la actora, poniendo excepciones, aportando documentos, como medios de prueba y solicitando la práctica de otras.

CONCEPTO FISCAL

" En su oportunidad legal, el fiscal primero de la Corporación emitió su concepto de fondo, solicitando del Tribunal se declare el incumplimiento del contrato por parte de la entidad demandada, pues considera que le asiste razón a la actora al calificar como curioso el procedimiento seguido para declarar la caducidad del contrato, por cuanto en el mismo se estipula el procedimiento a seguir cuando de divergencias técnicas se trata, que no era otro que el de la integración de Tribunales de Arbitramento. "Pero cumpliendo el contrato, la entidad demandada conformó dizque una comisión para decidir al respecto y con base en ella decretar la caducidad para luego revocar tal decisión".

" Surtido el trámite legal pertinente y no encontrando causal de nulidad alguna que lo invalide, el TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA, Sección Segunda, procede a dictar su fallo previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

" Corresponde a esta Corporación decidir si le asiste o no razón a la actora, Sociedad "Epsilon Limitada Ingenieros Civiles y Eléctricos" en las pretenciones planteadas en la demanda.

" Solicita la actora, a través de apoderado, que mediante la acción consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, relativa a contratos se declare que, el Establecimiento público denominado Empresas Municipales de Cali, "EMCALI" incumplió el contrato 6-PE-189-81-ALC,suscrito con aquella, cuyo objeto fue la construcción de los colectores Cauca, parte final, y Cauca Norte; así mismo, se declare la nulidad de la Resolución número 000126 de 19 de noviembre de 1984, con la cual "EMCALI precedió a dar por terminado el

contrato número 6-PE-189-83-ALC, suscrito también entre EMCALI y EPSILON LTDA.", y en consecuencia que Emcali sea declarada responsdable y por lo tanto deba indemnizar a Epsilon Limitada, todos los perjuicios materiales y morales que se determinen en el incidente de regulación respectivo, mediante la aplicación de lo dispuesto en los artículos 307 y 308 del código de Procedimiento Civil.

" De la forma como se desprende del expediente el Establecimiento Público Empresas Municipales de Cali " EMCALI " suscribió un contrato administrativo de obra pública con la sociedad actora en el presente proceso, cuyo objetivo fue la construcción del Colector Cauca, parte final, y del Colector Cauca Norte, contrato que fue legalizado con fecha 28 de diciembre de 1983 bajo el número 6-PE-189-83-ALC. Posteriormente y durante su ejecución, el representante legal de las Empresas municipales de Cali expidió la Resolución número 001799 de fecha 4 de septiembre de 1984 "Por la cual se declara la caducidad administrativa del Contrato 6-PE-189-83-ALC", contra la cual fue interpuesto por la entidad contratista recurso de reposición resuelto a su vez mediante la Resolución número 002882 de fecha 26 de noviembre de 1984 que dispuso la revocatoria del mencionado acto administrativo. Así mismo, se observa que durante el lapso transcurrido entre la interposición del referido recurso de reposición y la expedición de la resolución última citada que decidió revocar el acto administrativo caducatorio del contrato administrativo de obra pública ya relacionado, la Junta Directiva de EMCALI emitió la resolución número 00126 de fecha 19 de noviembre de 1984 " Por medio de la cual se autoriza la terminación, por mutuo acuerdo, del Contrato número 6-PE-189-83-ALC, suscrito entre EMCALI y EPSILON LTDA.",suscribiéndose en consecuencia por las partes el documento denominado " Contrato para dar por terminado por mutuo acuerdo el Contrato número 6-PE-189-83-ALC, con EPSILON LTDA." con fecha 26 de noviembre de 1984.

" De conformidad con lo previsto en el artículo 87 del Decreto 01 de 1984, aplicable al caso en comento sin la modificación ordenada por el Decreto 2304 de 1989, en razón a que la demanda fue instaurada durante su vigencia, cualquiera de las partes de un contrato de derecho privado de la administración a que se hubiere incluído la cláusula de caducidad, o de los contratos administrativos o interadministrativos, podía solicitar ante la jurisdicción contencioso-administrativa, un pronunciamiento sobre su existencia o validez, sobre su revisión, incumplimiento y además sobre la responsabilidad derivada de él.

" Pues bien, como en el caso sub-júdice se está solicitando un pronunciamiento sobre la validez del "contrato para dar por terminado por mutuo acuerdo el contrato número 6-PE-189-83-ALC" suscrito entre las Empresas Municipales de Cali y la sociedad actora en el presente proceso, se hace necesario determinar si dicho contrato puede o no encuadarse dentro de lo previsto por la disposición citada como susceptible de la acción contractual allí prevista. Mediante el referido contrato las Empresas Municipales de Cali "EMCALI", y

la sociedad Epsilon Ltda. convinieron de mutuo acuerdo en dar por terminado en forma anticipada el contrato administrativo de obra pública arriba citado, el cual vencía según lo allí estipulado el 21 de diciembrre de 1984. La posibilidad de que los contratos en general pueden darse por terminados en forma anticipada a su vencimiento en virtud de decisión concertada de las partes, es la forma normal de determinación de los contratos bilaterales de derecho privado, pero en el derecho público, es forma anormal de Resiliación de los contratos administrativos la cual ha tenido aceptación en la doctrina sobre la base de considerar que "si la administración puede, dentro del desarrollo del contrato en ejercicio de poderes exorbitantes tomar decisiones unilaterales en aras del interés público, como la declaración unilateral de caducidad, la terminación por graves motivos que lo hagan inconveniente de reparar los perjuicios que cause, también puede darlo por terminado mediante acuerdo con el contratista si las circunstancias sobrevinientes en su ejecución impiden su cabal cumplimiento.

" Sobre las formas de terminación de los contratos administrativos ha sostenido el Consejo de Estado:

" 4. El artículo 287 del decreto 222 de 1983 señala los casos en los cuales debe procederse a la liquidación de los contratos. De su lectura, y de la teoría general de los contratos, se deduce que esta terminación puede ser normal o anormal. Normal, cuando han cumplido las cláusulas pactadas, sin alteración de la etapa de ejecución. Anormal cuando existen razones de interés público que hacen necesaria la aplicación de los principios de interpretación; o cuando hay incumplimiento del contratista, y procede la declaratoria de caducidad administrativa, o cuando se ha proferido sentencia judicial que declare la nulidad del contrato; o por mutuo consentimiento o por desistimiento, en el caso del artículo 22 del Decreto Ley 222 de 1983; o cuando se extinga o desaparezca el objeto del contrato, o cuando se den casos de fuerza mayor. Como pude apreciarse, en el artículo 287 citado no se contemplan todos estos eventos, o sea que tal norma es incompleta, al señalar las causales de terminación" (Sala de loo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de 12 de diciembre de 1983. Consejero ponente Dr. Gustavo Humberto Rodríguez. Exp. 10719. Actor: La Nación contra Constructora Pedeca S.A.).

" Ahora bien, respecto de los efectos de la terminación por mutuo acuerdo de los contratos administrativos, el Consejo de Estado también se ha pronunciado en los términos siguientes:

" De conformidad con el artículo 1602 del mismo Código todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento o por causas legales. Este mutuo disenso expresa como modo de extinguir obligaciones, está consagrado en el inciso primero del artículo 1625 ibidem.

" Este acto jurídico está llamado a producir los efectos buscados en él, entre los cuales tiene que destacarse para los efectos de este proceso, la expresa y mutua

manifestación y exoneración de responsabilidad con el efecto vinculante que impide a las partes reclamar los perjuicios derivados del incumplimiento". (Sentencia de enero 24 de 1985. Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Eduardo Suescun Monroy. Exp. 3344. Actor: Julio César Marín).

" El acuerdo para dar por terminado el contrato administrativo de obra pública 6-PE-189-83-ALC, por mutuo acuerdo entre los contratistas fue consignado en un contrato en el cual además de contener la voluntad bilateral de resiliar el contrato se consagraron las siguientes cláusulas:

" CUARTA: El presente documento producirá el efecto de cosa juzgada en última instancia, de acuerdo con lo preceptuado en el Libro IV, Título 39, artículo 2483 del Código Civil, lo cual conlleva a la renuncia general de todo derecho, acción o pretensión por la parte de los contratantes. Por lo tanto este contrato cubre todos los perjuicios que en cualquier evento pudiere deber EMCALI al contratista y recíprocamente el contratista a EMCALI".

" QUINTA. El contratista se obliga a no proceder de hecho, por sí o por interpuesta persona, en forma judicial o mediante las vías administrativas contra EMCALI y a cesar las que hubiere iniciado, y en el evento que violare esta prohibición pagará a EMCALI la suma de $26.400.000.oo inmediantamente se compruebe la infracción, sin perjuicio de llevar a efecto lo pactado conforme a lo establecido en el artículo 2485 del Código Civil".

" Así mismo, en el referido contrato las partes acordaron la cancelación de cuentas pendientes y la entrega de equipos y materiales, ésto a manera de liquidación del contrato administrativo número 6-PE-189-83-ALC de obra pública.

" Al hacer un detenido análisis de las cláusulas contentivas del convenio en mención, se advierte que las mismas no constituyen por sí solas una simple terminación por mutuo acuerdo de un contrato, pues las partes no sólo mmanifestaron su voluntad de exonerarse de responsabilidades sino que además renunciaron en forma expresa a "todo derecho, acción o pretensión" en relación con el contrato de obra pública. Ello implica que el acuerdo suscrito por la actora y la demanda no pueda catalogarse como un negocio jurídico de terminación de un contrato administrativo pues la intención de las partes suscribientes no fue sólo esa sino además la de poner fín a cualquier posible contención que se pudiera presentar entre aquellos en relación con el contrato finiquitado.

" Las cláusulas arriba transcritas son propias de un contrato de transacción del orden civil, cuyo objeto en este caso además de dar por terminado por mutuo acuerdo el contrato administrativo de obra pública, fue el de precaver un posible litigio entre las partes sobre aspectos del mismo.

" De conformidad con lo previsto en nuestra legislación civil la transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. Surte efecto sólo entre los contratantes y tiene la consecuencia de cosa juzgada en última instancia, lo que impide que pueda impetrarse la declaración de nulidad o la rescisión del contrato. Así mismo, de prevé la posibilidad de que se pueda pactar una pena, contra la parte que deja de ejecutar la transacción, sin perjuicio de que sea llevada a cabo la transacción de todas sus partes.

" En relación al contrato de transacción, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado lo siguiente:

"La transacción en un contrato bilateral, porque impone obligaciones recíprocas, y consensual, porque no está sometido a formalidad especial alguna, salvo que efectue a bienes reaíces. Debe recaer sobre cosas dudosas, vale decir, sobre derechos cuya extensión y exsistencia son materia de disputa. Es onerosa, dado que las partes deben hacerse recíprocas concesiones, y por regla general se celebra *intuito personae,* en consideración a la persona con la cual se celebre (C.C. art. 2469). En la transacción resuelven las partes por sí mismas sus propias diferencias; constituye unos de los tres medios a que es dado acudir para poner término a las pretensiones encontradas entre dos o más personas. Lo que en realidad define y delimita esta figura jurídica es que pone fín a un litigio o lo previene, mediante un sacrificio recíproco de las partes, sin que en forma alguna signifique que cada sacrificio sea conmutativo u equivalente, sino que cada contendor renuncia voluntariamente una parte de lo que cree ser su derecho...".
" En ocasiones ocurre que el olvido de estos principios conduce a que se tome por transacción un fenómeno jurídico distinto; también es muy posible que la formula transaccional se presente en algunos casos combinada con otras figuras similares, para facilitar sus resultados dirimentes. En tal evento, la convención de ese modo celebrada tendrá un carácter mixto, pero tal consecuencia no desfigura la transacción, sino que a cada una de las cláusulas compromisorias habrá que aplicarle la reglamentación legal que le corresponde, hasta donde lo permita la intención de las partes de celebrar una convención, cuyo total depende especialmente del propósito de transigir" (Casación, 6 de junio de 1939, XLVIII, 268; 19 de febrero de 1945. LVIII; 608, 6 de mayo de 1966, CXVI, 91).

" Teniendo en cuenta las cláusulas transcritas del contrato en mención y los antecedentes de su celebración que obran en el expediente, puede afirmarse que el contrato celebrado entre las Empresas Municipales de Cali "EMCALI", y la sociedad actora, con el objeto de dar por terminado de mutuo acuerdo el contrato administrativo de obra pública, es un contrato de transacción, en el cual fueron imprimidas cláusulas propias de un acuerdo de tal naturaleza por el Código Civil.

" Procede entonces determinar si el contrato suscrito por la actora con EMCALI para dar por terminado por mutuo acuerdo el contrato 6-PE-189-83-ALC, es administrativo o de derecho privado de la administración.

" Como se recordará históricamente se han utilizado diversos criterios de diferenciación para identificar el contrato administrativo.

"" a) Según el elemento objetivo: Si el fin u objeto del contrato es de interés general, o de prestación de un servicio público;

"b) Según el elemento subjetivo: Si una de las partes contratantes es una entidad pública;

" c) Según la intención de los contratantes: Si es la de que el contrato se rija por régimen de derecho público;

" d) Según sus cláusulas: Si contienen los denominados exorbitantes, como la de caducidad, la penal pecuniaria, la de multas, la de sujeción a la ley Colombiana, la de sujeción a las apropiaciones presupuestales, los de garantías y la de renuncia a reclamación diplomática;

" e) Según la jurisdicción aplicable al contrato. Criterio que obtuvo vigencia en virtud del Decreto Ley 528 de 1984; y

" f) Según la determinación legislativa: Si la ley lo señala como administrativo.

" Este último criterio es el aplicable en nuestro sistema desde el estatuto contractual de 1976 y ahora reiterado en el Decreto Ley 222 de 1983.

" De acuerdo con el criterio de diferenciación vigente en Colombia, son contratos administrativos según lo prevé el artículo 16 del Decreto Ley 222 de 1983 los siguientes:

" 1. Los de concesión de servicios públicos;

" 2. Los de obras públicas;

" 3. Los de prestación de servicios;

" 4. Los de suministros;

" 5. Los de interadministrativos internos que tengan estos mismos objetos;

" 6. Los de explotación de bienes de Estado;

" 7. Los de empréstito;

" 8. Los de crédito celebrado por la Compañía de Fomento Cinematográfico - FOCINE-;

" 9. Los de conducción de correos y asociación para la prestación del servicio de correo aéreo; y
" 10. Los que celebren instituciones financieras internacionales públicas, entidades gubernamentales de crédito extranjero y los organismos internacionales, son entidades nacionales cuando no se les considere como tratados o convenios internacionales".

" Y según el precepto citado " son contratos de derecho privado de la administración los demás, a menos que la ley especial disponga en sentido contrario, y en sus efectos estarán sujetos a las normas civiles, comerciales y laborales, según la naturaleza de los mismos. salvo en lo concerniente a lá caducidad".

" Mediante la ley 19 de 1982 y el Decreto Ley 222 de 1983, la legislación colombiana reconoció que la administración no sólo celebra contratos administrativos sino también de derecho privado y además se sentó el criterio de que los contratos no señalados como administrativos, taxativamente, son de derecho privado.

" Dado que el contrato de transacción no fue incluído dentro de la enumeración taxativa de los contratos administrativos contempla la disposición citada, puede colegirse que el mismo es de naturaleza privada exclusivamente.

" Hechas las pretensiones anteriores y ubicándonos nuevamente dentro del contexto que nos ofrece el " contrato para dar por terminado por mutuo acuerdo el contrato número 6-PE-189-83-ALC suscrito entre la actora y las Empresas Municiaples de Cali, EMCALI, tenemos que concluir que nos encontramos frente a un contrato de derecho privado de la administración de naturaleza transaccional tal como lo hemos anotado, pese a que pareciera en principio que es simplemente una forma que utilizaron las partes para finalizar un contrato administrativo, pues su intención fue más allá confluyendo como se ha anotado en expresa transacción de los eventuales litigios que se pudieren presentar. Este es pues uno de los casos en los cuales la transacción aparece consagrada en un contrato con denominación diferente pero que su naturaleza está determinada de todas formas por la voluntad transaccional de las partes contratantes.

" En cuanto a la jurisdicción compete para conocer de los litigios que se suciten con ocasión de un contrato que celebre la administración debemos referirnos a la ley 19 de 1982, artículo 4°, y al Decreto Ley 222 de 1983, artículo 17, que prescriben de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa los litigios que surjan de los contratos administrativos y de los que se deriven de los contratos de derecho privado en los cuales se hubiera pactado la cláusula de caducidad. Es de anotar que las disposiciones citadas son aplicables a los contratos que celebren los departamentos y los municipios y por ende sus

entidades descentraliazadas, por expresa previsión de la misma ley 19 de 1982 en su artículo 5°. Como en el caso sometido a estudio se observa que el " Contrato para dar terminado por mutuo acuerdo el contrato número 6-PE-189-83-ALC cuya nulidad se solicita a esta Corporación, no contiene la cláusula exorbitante de caducidad, el conocimiento sobre su validez escapa de la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa, por ende no es procedente ahondar sobre los aspectos anotados por la actora como vicios que eventualmente podrían afectar su validez, pues es a la jurisdicción ordinaria a quien corresponde conocer de los mismos por las razones ya anotadas.

" Es pertinente analizar las otras peticiones del libelo a fín de determinar si le asiste o no competencia al Tribunal para pronunciarse en relación con ellas.

" Solicita la sociedad demandante igualmente la nulidad de la resolución número 000126 de fecha 19 de noviembre de 1984, mediante la cual la Junta Directiva de las Empresas Municipales de Cali, "EMCALI", autorizó la determinación, por mutuo acuerdo del contrato número 6-PE-189-83-ALC suscrito entre esa entidad y la sociedad EPSILON LTDA. De la lectura de la resolución cuya nulidad se solicita, se colige que la misma tuvo por objeto la concesión por parte de la mencionada Junta Directiva de un autorización al Gerente General de las Empresas Municipales de Cali, para terminar por mutuo acuerdo el contrato administrativo de obra pública ya relacionado, y así mismo para celebrar el contrato respectivo. Se observa además que en su parte motiva consagró las condiciones que deberían tenerse como base en el contrato que se suscribiría y que correspondían a los pedimentos que previamente había presentado el contratista.

"Es menester entonces determinar que tipo de acto es el que se está demandando su nulidad. Como se expresó, la resolución emanada de la Junta Directiva de las Empresas Municipales de Cali contiene una mera autorización para que el representante legal de la entidad pudiera suscribir el contrato administrativo de obra pública 6-PE-189-83-ALC, lo cual nos lleva a afirmar que desde el punto de vista orgánico, la Resolución impugnada es un acto administrativo.

" Ahora bien, cabe preguntarse entonces, teniendo como base lo anterior y lo que proveía el Código Contencioso Administrativo al momento de la presentación de la demanda sobre las acciones contenciosas en general, si la acción contractual incoada es la pertinente para conocer sobre la anulación de la mencionada Resolución. Al efecto debe volverse nuevamente sobre el artículo 87 del citado código vigente al momento de acudir la actora a esta jurisdicción que determinaba cuales eran las declaraciones que podían hacerse con ocasión de la acción contractual, e igualmente establecía que los actos separables del contrato eran controlables por medio de las otras acciones previstas en el referido código contencioso administrativo. Ubicándonos dentro de la entonces vigente teoría de los actos separables del contrato puede anotarse que por vía doctrinaria y jurisprudencial se tenía como tales aquellos actos administrativos que existieran

jurídicamente sin necesidad del contrato mismo aunque la existencia o validez de éste no pudiera afirmarse sin la de aquellos. Al respecto sostenía en H. Consejo de Estado que " Actos separables no pueden ser sino los pre-contractuales. la apertura de una licitación y la adjudicación de la misma, actos trascendentale: en el proceso de contratación administrativa, pero que, por su propia naturaleza existen antes del contrato y aunque éste nunca llegase a existir y que, por lo mismo, " pueden ser controlables por medio de las otras acciones previstas en este código", como dice el artículo 87, y que no son otras que la de simple nulidad y restablecimiento del derecho, o de plena jurisdicción, sin importar que el respectivo contrato nazca o no a la vida jurídica " (Auto de atosto (sic) 21 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera. consejero ponente: Dr. Jorge Valencia Arango. Expediente número 4880. Actor: Occidental de Colombia y otros).

" Bajo las premisas anotadas pareceria que la resolución impugnada por no ser un acto pre-contractual del contrato administrativo de obra pública número 6-PE-189-83-ALC, pudiera tipificarse como no separable del mismo. Sin embargo, pese a que la resolución en comento en su texto hace referencia al mencionado contrato, realmente es un acto preparatorio del contrato privado con el cual las partes dieron por terminado el contrato administrativo principal ya transingieron (sic) los posibles litigios que con ocasión de tal contrato se pudieran presentar.

" Ahora bien, cabe preguntarse entonces si de la nulidad de un acto preparatorio de un contrato de derecho privado de la administración en que no se ha pactado cláusula de caducidad es de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa. Sobre el particular puede citarse el salvamento de voto de los Consejeros de Estado doctores Humberto Mora Osejo y Jorge Dávila Hernández a la providencia de marzo 20 de 1974 en que fue ponente el Consejero Dr. Carlos Galindo Pinilla, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera. Expediente 1867, en el cual se sostuvo: " Este criterio, que en el caso sub-judice se deduce incuestionablemente de la Constitución, ha sido consagrado por la doctrina bajo el concepto de "actos separables", en el sentido de que, contra los actos "de carácter unilateral que hayan concurrido a la formación de un contrato", puede promoverse a la acción de nulidad ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en forma separada o diferente de las controversias que versen sobre el contrato mismo, de manera que, respecto de aquellos, existia la posibilidad, como sucede en el caso *sub-judic,* de que toda persona pueda pretender que prevalezca la legalidad , mientras que en cuanto de éste sólo las partes contratantes, sus causahabientes o el Ministerio Público pueden pedir la nulidad por objeto ilícito". De otra parte, de acuerdo con lo previsto en el artículo 3° de la ley 19 de 1982, en los contratos de derecho privado de la administración en cuya formación o adjudicación haya lugar a la producción de actos administrativos, se aplicarán a éstos las normas del procedimiento gubernativo, salvo las excepciones que de la misma ley se deriven.

" Observa la Sala que como el acto denominado es un acto administrativo precontractual del acto privado de terminación por mutuo acuerdo del contrato de obra pública tantas veces mencionado, mediante el cual la Junta Directiva de las Empresas Municipales de Cali simplemente está autorizando a su Gerente General para su celebración, por ende, es un acto administrativo susceptible de las otras acciones previstas en el código y no de la contractual consagrada en el artículo 87 ibídem, que es la incoada por la sociedad actora y con la cual pretende la nulidad. En consecuencia, esta Corporación tampoco podrá pronunciarse en profundidad sobre la pretensión en comento por cuanto la misma no es susceptible de la acción incoada, presentándose en consecuencia una indebida acumulación de acciones excluyentes entre sí.

" La demanda solicita además que se declare que el establecimiento Público EMCALI incumplió en contrato número 6-PE-189-83-ALC celebrado con aquella, sobre la base de entender que el referido contrato al adquirir plena vigencia una vez revocada la resolución que había declarado su caducidad debió cumplirse en toda su extensión y no darlo por terminado en forma "unilateral" mediante el contrato supuestamente viciado de nulidad.

" Sobre el particular, es de anotar que si bien como lo dice la actora la demandada Empresas Municipales de Cali " EMCALI , revocó la Resolución número 001799 de fecha 4 de septiembre de 1984 que declaró la caducidad administrativa del contrato en mención mediante la Resolución número 2882 del 26 de noviembre del mismo año, en esa misma fecha las partes acordaron dar por terminado de mutuo acuerdo el contrato referido, negocio jurídico éste que produjo plenamente sus efectos y que como lo hemos anotado no puede conocer de su anulabilidad ésta jurisdicción. Por ende este Tribunal no puede pronunciarse si ha habido incumplimiento o no, por parte de la demandadas, del contrato administrativo de obra pública número 6-PE-189-83-ALC a partir de la fecha de revocatoria de la Resolución 001799 del 4 de septiembre de 1984 que declaró su caducidad, es decir, el 26 de noviembre del citado año, dada la existencia y validez de un negocio jurídico como es el contrato suscrito por las partes con el objeto de dar por terminado el susodicho contrato administrativo de obra pública de cuya anulabilidad como queda expresado no puede conocer esta jurisdicción.

" Así mismo es imposible para esta Corporación determinar si se vio o no perjudicada la actora, pues como queda anotado no puede pronunciarse de fondo respecto de ninguna de las pretensiones de la demanda.

" Planteada como está la situación de imposibilidad de la corporación para conocer de las pretensiones de la demanda, procede en consecuencia un pronunciamiento inhibitorio total en razón de la indebida acumulación de pretensiones, por ineptitud sustantiva de la demanda.". (Fls. 309-321 Cdno Nº 1).

- II -

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 331 y siguientes del cuaderno N° 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 universo:

" I- BASES DE LA INHIBICION.

" El fallador primario se inhibe de conocer todas las pretenciones de la demanda basado en las siguientes suposiciones:

" A - *En cuanto a la terminación de la relación contractual.-*

" El acuerdo mutuo de terminación del contrato de obra pública N° 6-PE-189-83-ALC, está permitido al tenor del artículo 287 del D. 222/83.

"- Incluye además la transacción de las partes para precaver un litigio eventual, según el contenido de las cláusulas Cuarta y Quinta del precitado documento.

" - Se trata por ello de un contrato privado, sin cláusula exorbitante de caducidad.

"- Las impugnación (sic) de su existencia o validez es competencia de la jurisdicción ordinaria.

"- Se incurre, por ende, en falta de jurisdicción.

" B- Respecto a la Resolución N° 000126.

"- Es un acto administrativo que imparte una autorización al Gerente de Emcali para terminar por mutuo acuerdo el contrato de obra.

"- Es un acto separable, preparatorio o precontractual en relación con el contrato de transacción.

"- Revisable sólo por las acciones de nulidad o restablecimiento del derecho, y en forma alguna por la acción contractual.

"- Existe, por tanto ineptitud sustantiva de la demanda por indebida acumulación de pretensiones.

" II - SUSTENTACION DEL RECURSO DE APELACION.

" No comparto la determinación de la providencia recurrida por los siguientes motivos:

" a) Desde el punto de vista jurídico, se califican erradamente los actos que conforman la revocación del contrato de obra. por tanto no existen impedimentos procesales.

" b) La decisión inhibitoria es antijurídica y atenta, a la vez, contra la regularidad del procedimiento y el derecho al enjuiciamiento de fondo de las pretensiones del actor.

" 2.1.- *Naturaleza de la Resolución N° 000126.*

" Dicha providencia es un acto preparatorio o de trámite, en lo que se está de acuerdo con el juzgador *a-quo.* Pero no es un acto separable (precontractual) ni definitivo, como finalmente aquél lo aprecia.

" En primer lugar, es un acto interno de efectos interorgánicos - no intersubjetivos - que se traduce en una simple autorización para que se tomara la decisión resolutoria, ésta sí definitiva, por el Gerente; o sea, que no es más que una regulación de la actividad de éste por la Junta Directiva de la entidad, requerida para la terminación del contrato principal.

" De forma que es un acto que no se ajusta a las previsiones legales del inciso 4o el artículo 84, en concordancía con el inciso final del artículo 50 del C.C.A., para ser impugnable independientemente.

" En segundo lugar, dicho acto no tiene relación alguna con el supuesto contrato de transacción, para cuya celebración no se habilitó al Gerente (a pesar de exigirlo la ley al efecto - art. 218 C.C.A.) con la comentada providencia. Por consiguiente, no es un acto separable porque no es parte de la formación de ese acuerdo transaccional. Además que para tener carácter de separable,requeriría que fuese definitivo y no de mero trámite o preparatorio, como en su auténtica esencia jurídica.

" Luego no puede determinarse entre los ·actos separables" a que alude la ley (art. 3° Ley 19/82, art. 17 D. 222/83 y el art. 87 inc. final C.C.A.).

" *2.2. La revocación del contrato como acto complejo.*

" Finalmente desde el ángulo propio de la Administración contratante, la terminación mutua del contrato de obra es un acto complejo, puesto que requería de la autorización de la Junta Directiva, por una parte, y de la formalización del acuerdo por el Gerente, de la otra.

" Igualmente, a la complejidad interna enunciada se le suma la complejidad externa con la participación de la voluntad del contratista. Pues el acuerdo mutuo tiene un mismo contenido y busca idéntica finalidad, esto es, la extinción de la relación jurídica y de las recíprocas situaciones legales. por lo que esa conjunción de voluntades constituye un negocio jurídico complejo (convención)

sin llegar a ser estrictamente un contrato. (G. Zanobini - Curso de Derecho Administrativo - Pág. 324 ss).

" 2.3 Exámen irregular de la presunta "transacción".

"El *a-quo* le concede mayor trascendencia jurídica al contenido de las Cláusulas cuarta y quinta del precitado convenio. Y deduce de ellas un contrato de transacción, entre las partes contratantes, para prevenir un futuro litigio.

" Incurre así - de un lado - en su grave error de incongruencia, ya que ninguna de las pretensiones se remite a dicho acto jurídico. La intención de nulidad (petición 3ª) es coherente con el acuerdo de terminación del contrato, pues la otra parte de su contenido (supuesta transacción) no se estimó afectada por el mismo vicio de ilegalidad, por ser un elemento accidental al primer acuerdo. basta para ello confrontar los hechos y fundamentos jurídicos del libelo.

" Empero aunque se aceptare el criterio del *a-quo*, éste incurre - de otro lado - en una grave equivocación, calificando de contrato privado esas estipulaciones. La figura de la transacción no es privativa del Derecho Civil. Primero - como lo afirma la doctrina - porque pertenece al género institucional de los negocios de " autocomposición "que en sus diversas formas significa la expresión de la autonomía de la voluntad para la tutela directa de los intereses recíprocos de los sujetos de derecho. Y segundo, porque su regulación institucional es más de carácter procedimental que de contenido sustancial contractual. Condiciones que con otros elementos hacen el instituto dicho una figura de la teoría general del Derecho. Poder de autocomposición que también le reconoce el ordenamiento jurídico nuestro (art. 218 C.C.A. y art. 341 C.P.C.) a la Administración pública a través de la forma de allanamiento o transacción; forma ésta última como acto jurídico complejo que tiene un sólo objeto - dirimir cuestiones controvertibles y una misma finalidad - prevenir o terminar un litigio, especialmente en el campo de la contratación pública. De manera que la transacción es igualmente un negocio jurídico complejo (convención) no asimilable específicamente al contrato en sí. (Carnelutti - Sistema de Derecho Procesal Civil - T.I. pág. 197 ss.).

" 2.4. Inexistencia de impedimentos procesales.

" Del análisis de los puntos se infiere que la demanda es correcta y se ajusta a los requisitos y formalidades procedimentales (Art. 143 C.C.A), y por consiguiente es válida su admisión desde inicios del proceso.

" De modo que no existe de una parte, indebida acumulación de pretensiones pues la Resolución Nº 000126, como vimos antes, no es acto separable sino que con el convenio de terminación integra el acto complejo - originado en el mismo contrato principal- y por ende puede acumularse su pretensión de nulidad a las otras pretendidas controversias en este proceso contractual, con estricta sujeción a lo preceptuado en el artículo 87 del C.C.A. Actos demandables conjuntamente

por razón de su complejidad, como se hizo en la demanda y lo prevé la jurisprudencia y doctrina.

" Así mismo, y a pesar de no ser objeto de la demanda, cabe observar que la supuesta transacción no es un contrato privado - sin cláusula exorbitante - sino antes bien un negocio jurídico complejo de autocomposición - derivado del contrato principal - y procedente dentro de la contratación pública, según lo anotamos antes. Luego por ello también puede ser objeto de la demanda, cabe observar que la supuesta transacción no es contrato privado - sin cláusula exorbitante - sino antes bien un negocio jurídico complejo de autocomposición - derivado del contrato principal pública, según lo anotamos antes. Luego por ello también puede ser objeto de contención del proceso contractual consagrado en la citada norma, y por tanto de la jurisdicción contencioso administrativa.

" En consecuencia, y por todo lo anterior, deber afirmarse que no existen los impedimentos procesales de inepta demanda y falta de jurisdicción de que se vale el juzgador *a-quo* inoportuna e ilegalmente para sustentar la inhibición.

" 2.5. Invalidez de la decisión inhibitoria.

" La posibilidad de la sentencia inhibitoria ha sido objeto de justas y severas críticas por la jurisprudencia y la doctrina. Con ella, se dice, el juez omite sus funciones, la finalidad del proceso, revive etapas precluídas cuya informalidad se halla saneada, fuera de no existir norma precisa que permita declarar defectos procesales en la sentencia.

" A fin de evitar este adefesio, el ordenamiento procesal regula con celo los medios y oportunidades de sanear las fallas del proceso, bien porque el juez proceda de oficio al efecto o dándole posibilidad a las partes de hecerlo en su momento.

" Etapas de saneamiento del proceso.

" De acuerdo al procedimiento contencioso administrativo:

" a) Al admitirse la demanda por el a-quo es de presumir, que la misma cumplía a cabalidad con los presupuestos procesales del caso. Pues en esta ocasión no se ordenó su corrección por acumulación indebida de pretensiones, ni aún menos se le rechazó por carencia de jurisdicción. (Art. 143 C.C.A.). Lo que inhibía al a-quo de retrotraer su revisión oficiosa al sentenciar.

" b) De igual forma, la parte demandada no interpuso recurso de reposición contra el acto admisorio ni tampoco propuso en su momento excepciones previas, que se basaran en ambos intantes procesales en las dichas razones o impedimentos procesales (Art. 163 y 180 C.C.A.).

"c) finalmente, antes de fallar era procedente la revisión del proceso para sanear sus defectos, si ya lo estaban entonces, o declarar nulidades (Art. 165 C.C.A. conc, art. 157 C.P.C.), indirectamente, con el esguince de la sentencia inhibitoria.

"Pero en el supuesto que se hubiere omitido por error la ineptitud de la demanda, este defecto ya estaba saneado al instante de fallar por no haberse reclamado oportunamente por la parte demandada (Art. 152 C.P.C.). Y además porque el decreto 2304/89 la suprimió como hecho constitutivo de excepción previa. (Art. 68 ibídem). La derogatoria del Artículo 163 del C.C.A. y el no ser, por otra parte, una causal de nulidad insaneable, hacen más improcedente e irregular que el a-quo la estime como razón inhibitoria en su fallo. Ya advertimos atrás que tal hecho o defecto es solo especulación del fallador, porque no existe realmente la acumulación indebida de pretensiones.

" En cuanto a la presunta falta de jurisdicción, que tampoco se discutió por la demandada en ningún momento procesal, no daba para la declaratoria de nulidad del proceso, porque la supuesta transacción no se impugnó en la demanda, y porque también se trata de una cuestión estimada de oficio por el fallador, fundado en una tipificación del acto, de manera elucubrativa, como contrato privado en contraposición a su verdadera naturaleza jurídica, como lo expusimos antes.

" De esta manera se atentó contra la regularidad del proceso con violación del deber de enjuiciamiento de las cuestiones de fondo, pues como se expresa por la doctrina y la jurisprudencia, las formalidades procesales jamás deben entenderse como obstáculo propio a dificultar el pronunciamiento de fondo, sino para servir a la justicia y al acierto de la decisión, como también lo dispone positivamente el artículo 4° del C.P.C.".

- III -

VISTA FISCAL

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

" Las excepciones:

" La parte demandada propuso en el juicio excepciones que no fueron analizadas en la sentencia de primera instancia por lo cual la Fiscalía procede a hacerlo:

" Las excepciones propuestas son:

" 1) Validez y eficacia de los actos acusados por cuanto éstos fueron expedidos por funcionarios competentes y conforme a las normas legales.

" 2) Ratificación tácita porque aún partiendo del supuesto de que el contrato por el cual se da por teminado el 6-PE-189-83 por mutuo acuerdo tuviera vicios de consentimiento la nulidad generada sería relativa y habría quedado saneada por ratificación tácita por reunirse las condiciones previstas en los arts. 1743, 1752 y 1754 puesto que se cumplieron las obligaciones pactadas.

"3) Innominada conforme a los hechos exceptivos probados dentro del proceso.

" Del contenido de los anteriores planteamientos la Fiscalía deduce que más de excepciones, cuya naturaleza no tienen, los argumentos presentados son fundamentos de la oposición de las pretensiones de la demanda y deben tenerse en cuenta como tales, desechándose como excepciones por las razones anotadas.

" El caso en estudio:

" Conforme a las pruebas que obran en el informativo la parte actora firmó el contrato 6-PE-189-83-ALC con las Empresas **Municipales** de Cali (fls. 27 y s.s., C. N° 3), contrato cuya caducidad fue declarada por Resolución N° 1799 del 4 de septiembre de 1984 (fl. 6 C, N° 3), impugnada en oportunidad legal y revocada por resolución N° 2382 del 26 de noviembre de 1984 (fl. 10 del C. N° 3) del Gerente General de la entidad demandada.

" El 19 de noviembre de 1984 la Junta de las Empresas Municipales de Cali expidió la Resolución n° 126 (fls. 8 y 9 C. N° 3) por lo cual resuelve proceder a terminar por mutuo acuerdo el contrato 6-PE-189-83 y autorizar al Gerente de la entidad para firmar el correspondiente contrato el cual se firma efectivamente el 26 de noviembre de 1984 (fl. 13 y 14 del C. N° 2).

" Del anterior recuento, para la Fiscalía resultan claros los siguietnes hechos:

" El Contrato 6-PE-189-83-ALC cuya caducidad fue declarada inicialmente y revocada tal declaración al resolver la reposición interpuesta por el contratista, se terminó por mutuo acuerdo entre las partes según contrato firmado el 26 de noviembre de 1984.

" El último de los contratos mencionados no responde a la naturaleza de un contrato administrativo por cuanto no se dan las condiciones para considerarlo como tal (No está regulado por el Decreto 222 de 1983, no contiene ninguna cláusula de las denominadas exorbitantes etc,) y, en cambio, responde por su contenido, a una transacción, contrato regulado por el Código Civil (Arts. 2469 y siguientes) y, por lo mismo, debe tenerse como un contrato de derecho privado en el que interviene como parte una entidad de derecho público.

" Ahora bien, el Código Civil en mención, asigna a la transacción efecto de cosa juzgada (Art. 2483) con la posibilidad de impetrarse su nulidad o rescición, conforme a las previsiones del estatuto en cita.

" No obstante, no puede realizarse un mayor análisis al respecto, por cuanto, como ya se dijo, el contrato para darse por terminado por mututo acuerdo el N° 6-PE-189-84 (sic)- ALC con epsilon no es Administrativo sino de derecho privado y la consecuencia de tal clasificación es que la Jurisdicción Contencioso Administrativa no puede analizarlo por no ser competente para conocer de los litigios que susciten con ocasión de los contratos de derecho privado (Art. 17 del Decreto Ley 222 de 1983).

" Así las cosas, el mencinado contrato para dar por terminado por mutuo acuerdo el N° 6-PE-189-84 (sic) solo puede ser tomado en el presente juicio como prueba de que el contrato 6-PE-189-83 fue terminado por mutuo acuerdo entre las partes.

"En relación con la Resolución N° 126 del 19 de noviembre de 1984, la Fiscalía debe precisar que la providencia en mención debe clasificarse por su naturaleza como un acto de tramite, porque no conlleva decisión de fondo alguna y la previsión que en ella se hace debe entenderse condicionada a que la declaratoria de caducidad del contrato fuera revocada, como en efecto sucedió.

" En este orden de ideas no puede declararse el incumplimiento del contrato N° 6-PE-189-83-ALC, por cuanto el mismo fue terminado por acuerdo entre las partes y no puede estudiarse la nulidad del contrato para dar por terminado dicho convenio porque la Jurisdicción Contencioso Administrativa no es competente para hacerlo.

"CONCLUSION:

" De lo expuesto se deduce que el H. Consejo de Estado debe inhibirse para hacer un pronunciamiento de fondo sobre el denominado contrato para dar por terminado por mutuo acuerdo el N° 6-PE-189-83 y denegar las restantes peticiones de la demanda.". (Fls. 348 - 351 Cdno. N° 1).

- IV -

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) la sentencia impugnada será revocada, pues el *ad-quem* no hace suya la perspectiva jurídica que llevó al tribunal a declararse inhibido para desatar el fondo del presente conflicto de intereses. Y no la patrocina, porque el acuerdo de voluntades que se concretó en el mal llamado " CONTRATO PARA DAR POR TERMINADO POR MUTUO ACUERDO EL CONTRATO 6-PE-189-84 ALC CON EPSILON", sólo tiene el universo que le da el numeral 2° del artículo 287 del Decreto 222 de 1983, esto es, el de una terminación de la relación negocial "POR MUTUO ACUERDO", la cual se aprovechó para hacer, de una vez, la liquidación del contrato. la circunstancia de que en las cláusulas cuarta, quinta y sexta se hubiese dispuesto que él produciría el efecto de cosa juzgada, y que el contratista se obliga a no proceder de hecho, por sí o por interpuesta persona, en forma judicial

o mediante las vías administrativas contra EMCALI, y de que en el evento de que violara tal disposición, le pagaría a ésta, la suma de VEINTISEIS MILLONES CUATROCIENTOS MIL PESOS, inmediatamente se comprobara la infracción, no permite darle a tales cláusulas el temperamento del contrato de transacción. Y se afirma esta verdad jurídica, orque a la luz de la preceptuado en el artículo 2469 del código Civil, inciso segundo, *" NO ES TRANSACCION EL ACTO QUE SOLO CONSISTE EN LA RENUNCIA DE UN DERECHO QUE NO SE DISPUTA"* (Subrayas de la Sala).

En el caso sub-examine se vivencia que las partes no estuvieron discrepantes ni en el aspecto relacionado con la terminacióndel contrato, ni en los distintos rubros que se concretaron en la liquidación. En todas estas materias, de suyo delicadas, ellas se mostraron conformes. Así las cosas, cabe preguntar: En qué puntos el demandante y el demandado aparecen consignando sus discrepacias? En qué momento se dió la circunstancia de que ellas estuvieran precaviendo un litigio eventual?. Controversia o conflicto de intereses sobre qué, si todo lo solucionaron por la vía del mutuo acuerdo?

En la materia que se estudia la Sala hace suya las pautas jurisprudenciales que se recogen en sentencia de tres (3) de marzo de mil novecientos ochenta y tres (1983) y seis (6 de junio de 1939, de la Corte Suprema de Justicia, en la cual, en su orden, se lee:

" Para que haya transacción, en el sentido estrictamente jurídico del vocable, requièrese, según los dictados de la jurispruencia universal, que los contratantes terminen una controversia nacida, o eviten un litigio que está por nacer, *mediante el abandono recíproco de una parte de sus pretensiones, o la promesa que una de ellas hace a la otra de alguna cosa obtener un derecho claro y preciso"* (XLVI, 120).

" En la transacción resuelven las partes por sí mismas sus propias diferencias; constituyen uno de los tres medios a que es dado acudir para poner término a las pretensiones encontradas en doa o más personas. *Lo que en realidad define y delimita esta figura jurídica es que pone fin a un litigio o lo previene, mediante un sacrificio recíproco de las partes,* sin que en forma alguna signifique que cada sacrificio sea conmutativo y equivalente, sino que cada contenedor renuncia voluntariamente una parte de lo que cree ser su derecho. *De manera que para que exista efectivamente este contrato se requieren en especial estos tres requisitos: 1°. Existencia de una diferencia litigiosa, aún cuando no se halle sub judice; 2°. Voluntad e intención manifiesta de ponerle fin extrajudicialmente o de prevenirla; y 3° Concesiones recíprocamente otorgadas por las partes con tal fin. En ocasiones OCURRE QUE EL OLVISO DE ESTOS PRINCIPIOS CONDUCE A QUE SE TOME POR TRANSACCION UN FENOMENO JURIDICO DISTINTO;* también es muy posible que la fórmula transaccional se presente en algunos casos combinada con otras figuras similares, para facilitar sus resultados dirimentes. En tal evento, la convención de ese modo celebrada tendrá un carácter mixto, pero tal circunstacia

no desvirtúa la transacción, sino que a cada una de las cláusulas compromisorias habrá que aplicarle la reglamentación legal que le corresponde, hasta donde lo permita la intención de las partes de celebrar una convención, *cuyo total depende especialmente del propósito de transigir"* (XLVIII, 268, 19 de febrero de 1945, LVIII, 608) (Subrayas de la Sala).

Del temperamento que tiene el mal llamado CONTRATO PARA DAR POR TERMINADO POR MUTUO ACUERDO EL CONTRATO N° 6-PE-189-84 (sic) ALC, que en puridad de verdad es una convención, no se desprende que entre las partes existiera un conflicto de intereses. De su lectura ni siquiera es posible concluir que sus cláusulas se acordaran como requisito *sine qua non* para revocar la resolución que decretó la caducidad. tampoco se vivencia que EMCALI y EPSILON se hubiesen determinado por la voluntad e intención de ponerle fin extrajudicialmente a ninguna controversia o de prevenirla. Pero lo que merece ser destacado, en mayor grado, es que por parte alguna aparecen las CONCESIONES RECIPROCAS que se hayan otorgado las partes. Finalmente, la manifestación de voluntad, que se concreta en la cláusula cuarta del referido convenio, no puede tener el universo de la cosa juzgada, pero si el del principio de derecho que enseña que a nadie le es lícito venir contra actos propios, como reiteradamente lo ha dicho la Corporación.

Erró, pues, el *a-quo*, cuando llegó a la conclusión de que estaba frente a un contrato de transacción, de naturaleza civil y sin cláusula de caducidad, motivo por el cual la jurisdicción contencioso administrativa no era la competente para conocer del presente conflicto de intereses. Dejó de lado la perspectiva jurídica que se anunció al inicio de esta providencia, esto es, la que permite concluir con certeza jurídica, que en el caso en comento el sentenciador no se encuentra con una relación negocial, sino frente a una terminación de contrato, por mutuo acuerdo, seguida de la liquidación del mismo. Nada más, pero tampoco nada menos.

B) La Sala tampoco patrocina la tesis del *a-quo* cuando concluye que la Resolución N° 000126 de 19 de noviembre de 1984, dictada por la Junta Directiva de las Empresas Municipales de Cali, en virtud de la cual dispuso que se procediera a terminar el contrato N° 6-PE-189-83 ALC, por mutuo acuerdo, y se autorizó al Gerente General para suscribir la convención respectiva, sea un acto separable, controvertible, solo a través de otras acciones, y no de la consagrada en el artículo 87 del C.C.A.

Bien valorada la realidad fáctica, se encuentra que la citada resolución fue dictada por la administración dentro del período del vigencia del contrato de ella citado. Frente a esta circunstancia, mal puede hablarse de ACTO SEPARABLE, pues éstos, como lo recuerda muy bien el *a-quo,* en la citada que hace de la providencia de 21 de Agosto de 1986. Expediente N° 4880, Actor Occidental de Colombia, Consejero Ponente, Dr. Jorge Valencia Arango, no pueden ser sino los PRE-CONTRACTUALES. Así las cosas, no se puede concluir que el fallador tenga impedimento alguno para pronunciarse sobre la pretensión que se orienta a

obtener la nulidad de la citada Resolución N° 000126 de 19 de noviembre de 1984, pues esta controversia, en todo su temperamento, es contractual.

Las razones que se dejan expuestas explican la causa, motivo o razón por la cual el fallo será revocado para en su lugar, decidir el alcance de las pretensiones.

C) Entrando al estudio del *"petitum"* y de la *"causa petendi"*, el *ad-quem* encuentra que en el *sub-lite* quedaron demostradas las siguientes circunstancias particulares del caso:

PRIMERA.- Que por resolución N° 001799 de 4 de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), el Gerente General de las Empresas Municipales de Cali, declaró la caducidad del contrato 6-PE-189-83-ALC, suscrito con la firma EPSILON, por las razones que se precisan en la misma;

SEGUNDA.- Que por resolución N° 002382 de 26 de noviembre de 1984, el Gerente General de EMCALI, al resolver el recurso de resposición, revocó la Resolución citada en el numeral anterior, aceptando la tesis del representante de la firma EPSILO LIMITADA, en el sentido de que "...las limitaciones establecidas por el Gobierno Nacional, en la política de importación,...", determinó que el contratista no pudiera disponer oportunamente de los equipos importados necesarios para la ejecución de la obra;

TERCERA. Que por Resolución N° 000126 de 19 de noviembre de 1984, la Junta Directiva de las Empresas Municipales de Cali, dispuso que se procediera "...a terminar por mutuo acuerdo, el contrato N° 6-PE-189-83-ALC, suscrito con EPSLON LTDA, y autorizó al Gerente "...para celebrar el contrato respectivo,...", según las condiciones indicadas en la parte motiva de la misma. El universo de éstas se recoge a través de la siguiente literatura:

"Que EMCALI concretó con la firma EPSILON LIMITADA la construcción de parte final del Colector Cauca y la totalidad del cauca Norte mediante contrato 6-PE-189-83-ALC.

" Que durante el desarrollo del contrato se presentaron diferencias entre EMCALI y el CONTRATISTA que impidieron la continuación del mismo.

" Que para resolver las diferencias entre las partes, se nombró una COMISION que, previo estudio, concluyó que lo más conveniente para los intereses de EMCALI es dar por terminado, por mutuo acuerdo, el contrato N° 6-PE-189-83-ALC.

"Que el Contratista presentó una solicitud final de reconocimiento de gastos la cual fue revisada y aceptada por la COMISION por lo cual se conviene en reconocerle al CONTRATISTA la suma de $92.523.298, discriminada así:...

"Que la anterior suma se cancelará teniendo como base el siguiente cruce de cuentas entre EMCALI y el CONTRATISTA:

" Gastos aceptado al CONTRATISTA.....$ 92.523.298.oo
"Anticipo entregado al Contratista.....$79.329.588.59
" Saldo a favor del Contratista.....$13.193.709.41".

"*CUARTA.* Que el día 26 de noviembre de 1984 las partes suscribieron el llamado "CONTRATO PARA DAR POR TERMINADO POR MUTUO ACUERDO EL CONTRATO Nº 6-PE-189-83-ALC, suscrito entre las partes en diciembre 28 de 1983 y con plazo hasta diciembre 21 de 1984, cuyo objeto era la contrucción de la parte final del colector Cauca y la totalidad del Colector Cauca Norte. *SEGUNDA:* Con base en el cruce de cuentas efectuado entre EMCALI y el CONTRATISTA se presenta un saldo a favor del CONTRATISTA por la suma de $13.193.709.41, lo cual queda detallado en el ANEXO UNICO al presente contrato. *TERCERA.* EMCALI cancelará al CONTRATISTAS el saldo que existe a favor de éste mediante un pago único, el cual se efectuará una vez EMCALI haya recibido del CONTRATISTA, todos los elementos, materiales y equipos a satisfacción. Este pago único está compuesto por la suma total de actas pendientes las cuales corresponden a los meses de mayo, junio y julio, numeradas 01, 02 y 03 respectivamente, todo lo cual arroja la suma de $9.559.330.38, más el resto del saldo hasta por la suma de $3.634.379.03, para el cual se elaborará un acta de pago por representantes de la INTERVENTORIA, de la AUDITORIA y de la REVISORIA INTERNA, en la cual debe contar que se valoran en los intems I y XVI del ANEXO UNICO, en perfecto estado y funcionamiento.". (fl. 13 C 2)

QUINTA: Que la convención anterior estuvo precedente de la nota E.C. de 16 de noviembre de 1984, dirigida por EPSILON LTDA a los doctores Sabas Pretelt y Alvaro Hernan Ibarra, miembros de la Comisión de la H. junta Directiva de Emcali, en la cual, y en lo pertinente, les expresa:

" De acuerdo a las conversaciones sostenidas con ustedes y el Dr. Mariano Mendoza de EMCALI *para proceder en mutuo acuerdo a liquidación del Contrato de la referencia,* atentamente nos permitimos presentar a su consideración *el valor final aceptado de las partidas discutidas conjuntamente con base en la relación presentada inicialmente por nosotros...* Valor total $92.523.298.oo. "El valor anterior es base *para proceder a efectuar la liquidación* en la forma acordada" (Subrayas de Sala).

D) A la luz el acervo probatorio anterior el *ad-quem* encuentra que las partes, por mutuo acuerdo, decidieron terminar y liquidar el contrato Nº 6-PE-189-83-ALC, haciendo uso de la facultad que para ello brinda el numeral 2º del artículo 287 del Decreto 222 de 1983, sin que el sentenciador vivencie que al proceder así, la administración haya violado los artículos 16, 20 y 30 de la Constitución Nacional. No el primero, porque por parte alguna se aprecia que el centro de imputación juridica demandado hubiese despojado al contratista del derecho que tenía a

terminar el contrato. una persona no puede querer y no querer al mismo tiempo, y bajo el mismo respecto, la misma cosa. Si la firma demandante optó por terminar la relación negocial, voluntariamente, mal podría pretender que ella se mantuviera vigente. No el segundo, porque si bien es cierto que la resolución que autorizó terminar el contrato, por mutuo acuerdo, se dictó el día 19 de noviembre de 1984, esto es, siete días antes de que se profiriera la N° 002382 de 26 de noviembre del mismo año, que dejó sin efectos la declaratoria de caducidad, las dos circunstancias anotadas, que generaron consecuencias jurídicas distintas, no originan vivencias de contradicción, pues las dos decisiones se informan de filosofías jurídicas diferentes. Si la administración encontró que la declaratoria de caducidad no podía mantenerse, porque el contratista explicó suficientemente su conducta, qué dificultad se presentaba para terminar, unos días antes, por mutuo acuerdo, el negocio jurídico? Para lograr este resultado EMCALI encontró la vía abierta gracias a la libre determinación de EPSILON LTDA. Que la revocatoria de la resolución de caducidad haya debido ser por SUSTRACCION DE MATERIA, como lo alega el demandante, en nada cambia la situación. Por lo demás, el demandado tenía que resolver el recurso de reposición dentro el marco jurídico que le había señalado el impugnante y sin aducir *razones no invocadas* en la sustentación del recurso. Tampoco resulta violado el art. 30 de la Constitución Nacional, pues siendo verdad jurídica que el contrato es una ley para las partes, no puede concluirse, en el caso *sub-exámine,* que EMCALI desconoció y vulneró derechos adquiridos, pues la terminación del mismo operó por mutuo acuerdo entre las partes contratantes. En este momento del discurso cabe recordar, como lo enseña Bercaitz, que: "...lo que *mutuus consensus* ha formado, el *mutuus disensus* puede disolverlo sin mayores impedimentos, siempre que el fin público que constituyó la causa del contrato sea regulado, tanto tratándose de una concesión de servicios públicos, de obra pública, de empleo público o de suministros" (Teoría General de los Contratos Administrativos. Segunda Edición. Depalma, pág. 598 y ss. ss.).

E) capítulo aparte merece la acusación que se hace al CONVENIO DE TERMINACION del Contrato N° 6-PE-189-83-ALC, por considerar que el fruto de la fuerza o violencia, que vicia el consentimiento. Dentro de esta óptica se argumenta que si "...Epsilón Ltda no se hubiera doblegado ante la Resoluión del 19 de noviembre de 1984 y no hubiera firmado la terminación del contrato, no hubiera sido revocada la resolución de caducidad". Se agrega luego:

> " Dicho en otras palabras: Epsilón tiene razón de pedir la revocatoria, pero para hacerlo debe firmar la terminación " voluntaria " del contrato. De lo contrario aténgase a las consecuencias de la caducidad; quiebra económica e incapacidad jurídica, por inhabilidad, para contratar con cualquier persona de derecho público durante cinco (5) años. La muerte Civil!
>
> " No es cierto esto un justo temor de verse expuesta Epsilón Ltdà a un mal irreparable y grave? Siendo esto así, el consentimiento para firmar el "convenio" determinación por mutuo acuerdo del contrato principal está viciado hasta la nulidad por la fuerza o violencia moral con que se vio obligado a hecerlo el representante legal de Epsilón Ltda.".

Para la Sala el referido vicio del consentimiento no se probó dentro del proceso. Es bien sabido que a la luz de lo preceptuado en el artículo 1513 del código Civil, la fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición, siendo igualmente cierto que para que se produzca la nulidad relativa del contrato se requiere que ella sea INJUSTA, DETERMINANTE DEL ACTO Y GRAVE. Además, ella bien puede provenir de una de las partes, de un tercero.

Para que el *ad-quem* tales requisitos no se registraron cuando se suscribió el "convenio", cuya nulidad se impetra, es posible que la firma demandante se haya sentido atemorizada por los efectos que la declaratoria de caducidad produce, pero esa circunstancia, por sí sola, resulta insulsa, pues a EPSILON LTDA no se la estaba amenazando con la realización de un acto ilícito, esto es, de aquellos que están reprimidos por el Código Penal o por las normas de policía. Tampoco con poner en marcha una conducta, que desde el punto de vista de la moralidad y la buena fe, deben presidir la formación de los actos jurídicos y la constitución de las obligaciones. No hay prueba que acredite que se registró una política de presión encaminada a obtener una obligación o una renuncia sin causa o en extremo onerosa. Por parte alguna se aprecia que la administración hubiese manifestado que si no se terminaba voluntariamente la relación negocial, no se revocaba la resolución que dispuso la caducidad del contrato. El sentenciador está obligado a interpretar la conducta contractual de las partes con objetividad y no con apoyo en suposiciones, esto es, con motivos cuya exteriorización no se probó o que pudieron quedarse *in mente retenta.* Por lo demás, no vivencia la Sala que el acuerdo de terminación el contrato, tantas veces citado, recoja renuncias o registre obligaciones total o parcialmente carentes de causa o en extremo onerosas o leoninas. En apoyo de esta afirmación viene la carta cg- 027-85 que el día 10 de abril de 1985, le dirigió EPSILON LTDA a EMCALI, en apoyo numeral primero le expresa:

> " No ha sido posible que EMCALI, por tozudez de algún funcionario de la Auditoría, reciba el equipo, en su totalidad, *cuya entrega se pactó en DOCUMENTO SERIO, convenio entre esa entidad y la Sociedad que represento" (c 1, fol. 124).*

Aquí cabe recordar que este escrito se redactó cinco meses largos después de haberse suscrito de acuerdo del 26 de noviembre de 1984, cuya nulidad se solicita. Ahora bien: si en ese momento, en el tiempo físico, se calificaba el acuerdo como DOCUMENTO SERIO, no se vivencia la causa, motivo o razón por la cual no lo fuera en esta última fecha. Por lo demás, y frente a la situación que se deja descrita, le asiste toda la razón al apoderado del centro de imputación jurídica demandada, cuando predica que de haberse dado la nulidad, ella quedó saneada por ratificación tácita,dentro del marco del artículo 1754 del Código civil, que preceptúa: " La ratificación tácita es la ejecución voluntaria de la obligación contratada". Para el caso que se examina, esta última circunstancia se dio cuando EPSILON hizo entrega de todo el equipo, para dar cumplimiento al convenio cuya nulidad se impetra

Pero es más: resulta muy difícil para el sentenciador, por no decir imposible, aceptar que las consecuencias que en derecho produce la declaratoria de caducidad son *per se* una amenaza. En este particular el profesor Alvaro Pérez Vives consigna en su obra:

"Nuestra jurisprudencia se ha mostrado poco inclinada a admitir como ilegítima, en los casos citados por Planiol, Ripert y Esmein, la amenaza con las vías de derecho o el empleo de éstas. Véase en especial el litigio del doctor Luis Carlos Corral contra la Corporación Colombiana de Crédito, en el cual la Corte Suprema sentó tesis de un extremo rigor" (Casación 5 de octubre de 1990, G.J. 1950, págs, 721 y 722).

Dentro del mismo perfil el tratadista JEAN CARBONNIER, enseña:
" ELEMENTO INJUSTO. La violencia sólo vicia el contrato si es ilegítima, de suerte que no hay tal en la hipótesis de que se amenace con el ejercicio de un derecho (por ejemplo, el ladrón no puede obtener la nulidad de un reconocimiento de deuda que ha firmado bajo la amenaza de un procedimiento criminal). Se exige en todo caso la legitimidad del fin perseguido y los medios empleados; son éstos legítimos, pero no aquél, cuando un acreedor emplea la amenaza de exigir una cantidad superior a la que se le debe (especie de chantaje)..." (Derecho Civil, Tomo II, Volumen II. Bosch, pág. 208).

En este momento del discurso, cabe recordar que ésta última circunstancia tampoco se da en el caso *sub-exámine,* pues como ya se destacó en otro aparte de este fallo, EMCALI reconoció a EPSILON LTDA, el monto total de las partidas discutidas conjuntamente, con base en la relación presentada por la firma demandante, esto es, $92.523.298.oo.

Finalmente, tampoco se demostró que la supuesta fuerza o violencia fuera DETERMINANTE. El artículo 1513 del Código Civil preceptúa que: " La fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo o condición". Enfrentadas las dos partes, esto es, la administración y EPSILON LTDA, resulta muy difícil probar que respecto de dos personas jurídicas se de el temperamento legal ya descrito. No es fácil predicar que la administración contrató intimidada, aunque en casos excepcionales la circunstancia puede darse (Acuerdos orientados a pagar sumas de dinero para la liberación de rehenes). Tampoco resulta sencillo demostrar que la administración, al suscribir el citado convenio, amedrentó al particular, esto es, al Contratista, máxime cuando es una persona jurídica.

F) Finalmente, la Sala reitera que el mal llamado Contrato, para dar por terminado por mutuo acuerdo el contrato Nº 6-PE-189-83-ALC, no tiene el universo de la transacción, pues a través de ese convenio se terminó y liquidó esta última relación jurídica. En esta ocasión, la Corporación reitera la pauta jurisprudencial que fijó en sentencia de mayo de 17 de 1984, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. José Alejandro Bonivento Fernández. Exp. 2796. Federación Nacional de cafeteros de Colombia S.A., en el

sentido de que el ACTA DE LIQUIDACION, suscrita sin observaciones, es un real corte de cuentas, que permite definir quién debe a quién y cuánto. Ella vincula a las partes que la suscriben no con la filosofía de la cosa juzgada, pero sí con la que informa el principio de que a nadie le es lícito venir contra sus actos propios.

En el referido proveído, se lee:

" Es evidente que cuando se liquida un contrato y las partes firman el acta de liquidación sin reparo alguno, éstos en prncipio no pueden mañana impugnar el acta que tal acuerdo contiene, a menos que exista error u omisión debidamente comprobado. la liquidación suscrita sin reparos es un auténtico corte de cuentas entre los contratistas, en la cual se define quién debe, a quién y cuánto. Como es lógico es un acuerdo entre personas capaces de disponer y las reglas sobre el consentimiento sin vicios rigen en su integridad". (Sentencia. Sección III, Expediente 1960).

" El acta que se suscribe, sin manifestación de inconformidad sobre cifras o valores y en general sobre su contenido, está asistida de un negocio jurídico pleno y válido, porque refleja la declaración e voluntad en los términos que la ley supone deben emitirse, libres o eventos de cualesquiera de los vicios que pueden afectarla. Así tiene que ser. Se debe tener, con fuerza vinculante, lo que se extrae de una declaración contenida en un acta, porque las expresiones volitivas, mientras no se demuestre lo contrario, deben ser consideradas para producir los efectos que se dicen en él.

" La fuerza, para que logre viciar el consentimiento debe ser de tal magnitud que impida una expresión libre. No puede ser cualquier clase de factor de violencia, física o mental, suficiente para destruir la voluntad. No. En tratándose de entes morales, esas conductas de fuerza deben ser superiores en grado, a encontrar la verdadera voluntad del otorgante de un negocio jurídico, porque frente a condiciones económicas similares, cualquier amenaza no puede incidir en el consentimiento, que es expresado como es sabido, a través de los representantes.

" Lo anterior quiere denotar, pues, que si quería quebrar o aniquilar el acta, era deber, dentro del proceso, acreditar todas las circunstancias que motivaron su firma en las condiciones de presión argüídas, y no, de manera simple, limitarse a alegar esos hechos sin la correspondiente probanza, porque le era imprescindible, al encontrarse con un documento firmado sin observación o reparo alguno. Con mayor razón, cuando se pretende el restablecimiento de derecho, previa la declaración de nulidad del acta. Es que el vicio debe ser demostrado, para restarle la validez al acto jurídico. Como lo hizo, no puede ser atendida su demanda en este aspecto.

"Si el acta no está viciada mal puede restarle los efectos que, como negocio jurídico liberatorio, ofrece, que como ya se dijo, anteriormente, van encaminados a la extinción del nexo obligatorio, surgido el contrato de mutuo.

" No se puede hablar de enriquecimiento sin causa en un contrato, puesto que la causa del negocio está sujeta a los términos de una convención que concluye, en su desarrollo, precisamente, con la liquidación final, amparada por legales presupuestos de validez.

" si el acta no puede ser invalidada, por cuento está colmada de todos los supuestos de eficacia, y ante la falta de prueba que permita colegir el derecho o vicio que el demandante ha invocado y el enriquecimiento sin causa no es dable denunciarlo frente a un negocio jurídico extintor, precisamente, de cualquier reclamo, es de rigor, concluir que la demanda no está llamada a prosperar.".

G) La pretensión cuarta también se despachará negativamente, pues al mantenerse el universo que tiene el acuerdo tantas veces citado, queda por fuera de debates cualquier demanda orientada a obtener la declaratoria de incumplimiento relacionado con el contrato.

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,

F A L L A:

PRIMERO: REVOCASE la sentencia del día treinta (30) de agosto de mil novecientos noventa (1990), proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, dentro del proceso del rubro, por las razones dadas en los considerandos de este proveído, y, en su lugar RESUELVE:

DENIEGANSE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

SEGUNDO: Ejecutoriada esta sentencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

PERJUICIOS MATERIALES A INDIGENAS

Si bien la constitución del hogar en las tribus indígenas Wayuú es bastante compleja, considera la Sala que se atiende a la justicia si se estima a la madre como titular del perjuicio material. Si se tiene en cuenta que las dos esposas del padre del occiso, eran hermanas entre sí, es decir, pertenecían al mismo *apushi*, parece lo más justo identificar a la madre como materialmente perjudicada con la muerte de su hijo.

FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA-Arma oficial/**CARGA DE LA PRUEBA**

Los daños causados por el uso de armas de fuego de dotación oficial se indemnizan con sometimiento al régimen de falla presunta cuyo efecto inmediato consiste en trasladar la carga de la prueba del actor al demandado.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Tercera.- Santafé de Bogotá D.C., veintidós de mayo de mil novecientos noventa y dos.

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

Referencia: Expediente N° 6027; Actor: Concepción Pana Ipuana y O.

Resuelve la Sala el recurso der apelación propuesto por el apoderado judicial de la Nación en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira el 12 de octubre de 1989, en virtud del cual dispuso:

"1.- DECLARASE a la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - administrativamente responsable de los perjuicios materiales y morales causados a la Señora EUSTACIA CONCEPCION URDANETA PANA y

morales ocasionados a DIGNA ROSA, NATIVIDAD, MARIA CONCEPCION URDANETA PANA y a CONCEPCION PANA IPUANA, con la muerte del señor FRANCISCO ANTONIO URDANETA PANA IPUANA, ocurrida en la ranchería " KAITAMANA " jurisdicción del Municipio de Uribia Guajira, el dia 22 de noviembre de 1985.

"2.- Como consecuencia condénase *IN GENERE* a la NACION MINISTERIO DE DEFENSA a pagar a la señora EUSTACIA BEATRIZ PANA IPUANA, con C.C. N° 27.027.067 de Uribia Guajira, los perjuicios materiales sufridos por los hechos precisados en ésta sentencia. La regulación se hará de conformidad con lo dispuesto en los arts. 172 del C.C.A y 308 del C.P.C. para lo cual seguirán las pautas indicada.

" 3.- CONDENASE a la Nación- Ministerio de Defensa - a pagar por concepto de indemnización de perjuicios morales, el equivalente a un mil gramos (1000) de oro a favor de la señora EUSTACIA BEATRIZ PANA IPUANA, con C.C. N° 27.027.067 de Uribia, como madre del finado; y el equivalente a (500) gramos de oro para cada una de las hermanas DIGNA ROSA URDANETA PANA, C.C. 40.916.290 de Riohacha, MARIA CONCEPCION URDANETA PANA, C.C. N° 40.981.548 de Maicao, NATIVIDAD URDANETA PANA, C.C. N° 40.912.604 de Riohacha y quinientos gramos oro (500) para la tía del finado CONCEPCION PANA IPUANA C.C. N° 27.027.100 de Carrizal Guajira, certificados en la forma anotada.

"4.- La suma de dinero que resulte de la liquidación de los perjuicios materiales causará intereses comerciales corrientes dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de la providencia que decida el incidente, y - sic- ahí en adelante, intereses moratorios. Igualmente, a la condena concreta de los perjuicios morales serán reconocidos y pagados los intereses señalados, que se contarán desde la fecha de esta sentencia." (fls. 229 a 230 C. 1).

ANTECEDENTES PROCESALES

1. La demanda. El 7 de noviembre de 1987 comparecieron ante el Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira, mediante apoderada judicial regularmente constituida, para formular demanda contra la Nación (Ministerio de Defensa Nacional), las siguientes personas: CONCEPCION PANA URDANETA; NATIVIDAD, DIGNA ROSA y MARIA CONCEPCION URDANETA PANA; EUSTACIA BEATRIZ PANA IPUANA quien, además de actuar en su propio nombre, concurrió representando a las menores HORTENSIA, ANGELA LUCIA y CARMELITA URDANETA PANA.

Las peticiones deprecadas fueron las siguientes:

" 1°. la Nación (MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL) es administrativamente responsable de la muerte y Lesiones Personales e los señores: ALFONSO URDANETA PANA y FRANCISCO URDANETA

PA NA, ocurridas el día veintidos (22) de noviembre de 1985, en el corregimiento de KAITAMANA, jurisdicción de URIBIA (GUAJIRA) a manos de miembros que integraban la patrulla del ejército Nacional al mando del señor Capitán NESTOR HOYOS LEAL, JAVIER MURILLO, entre otros, por impactos de bala con sus respectivas armas de dotación oficial.

" 2°. Como consecuencia de la declaración precedente, la demandada (MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL) debe pagar por concepto de indemnización de perjuicios morales a mis representados, a cada uno de los aquí nombrados: CONCEPCION PANA IPUANA, EUSTACIA BEATRIZ PANA IPUANA, NATIVIDAD, DIGNA ROSA, MARIA CONCEPCION, HORTENSIA, ANGELA LUCIA y CARMELITA URDANETA PANA, la suma de dinero equivalente de DOS MIL (2000) GRAMOS ORO puro de acuerdo al precio que para ese metal certifique o informe el Gerente General del Banco de la República, en la fecha ejecutoriada del fallo.

" 3°. La demandada está obligada a pagar en favor de las madres naturales de las víctimas (muerto y lesionado) hermanas entre sí, señoras: EUSTACIA PANA IPUANA y CONCEPCION PANA IPUANA, por concepto de perjuicios patrimoniales o materiales la suma de dinero que se pruebe en este proceso, incluído el incidente de regulación de perjuicios, si él se hiciera indispensable, teniendo muy en cuenta el daño emergente y el lucro cesante, y haciendo en los ingresos de las víctimas los incrementos que tiene ordenados la Jurisprudencia Administrativamente, así como también la actualización necesaria a raíz de la constante y grave devaluación que sufre nuestra móneda nacional. La indemnización se dividirá en dos (2) períodos: a) La indemnización debida o consolidada y b) La futura o anticipada y ambos períodos afectados por las actualizaciones de rigor.

" 4°. La demandada pagará a cada uno de los demandantes la suma de dinero que el fallo ordene, en los términos previstos en los artículos 176 y 177 del decreto N° 01 de 1984.

" 5°. La demandada está obligada a pagar el valor de los costos de este proceso.

" 6°. La demandada está obligada a pagar a los demandantes sobre las sumas de dinero a que obligue el fallo, los intereses ordenados por el inciso 5° del artículo 177 del decreto 01 de 1984." (fls. 1 y 2 C.1).

Los hechos invocados como causa para pedir son, fundamentalmente, los siguientes:
"1°.- Que los hechos ocurrieron durante la noche del día veintidós (22) de noviembre de 1985, cuando miembros de nuestro Ejército Nacional al mando del Capitán NESTOR HOYOS LEAL, JAVIER MURILLO Y OTROS , debidamente uniformados y portando el armamento de dotación oficial se encontraban en misión oficial en el sitio denominado KAITAMANA, jurisdicción de Uribia (Guajira).

" 2°.- Más o menos a las Once (11 p.m.) de la noche de dicho dia llegaron a su ranchería (Casa de habitación indigena) los señores FRANCISCO y ALFONSO URDANETA PANA (hermanos naturales) en una samurai roja de procedencia venezolana, con placas N° VAF-075 procedente de la ciudad de Riohacha (Guajira) con el fin de descansar de la jornada laboral diaria.

" Al apagar inmediatamente la samurai y cuando se aprestaban a bajar de dicho vehículo fueron inmediatamente atacados a bala por los miembros del Ejército Nacional, que confromaban -sic- la patrulla, al mando del Capitán NESTOR HOYOS LEAL, quienes se encontraban al acecho en la oscuridad sin que nadie se percatara de su presencia en dicho sitio esperando a que llegaran las hoy víctimas, Francisco Antonio y Alfonso, heridos gravemente y no comprendiendo lo que pasaba como pudieron se bajaron del carro en que se movilizaban, inmediatamente sus hermanas y madre -naturales- al oir los disparos salieron inmediatamente de sus hamacas donde se encontraban descansando y observaron a Francisco Antonio que se acercaba a la entrada de la ranchería herido en la región frontal y en una pierna y a Alfonso que se dirigió también herido en ruta diferente con el fin de salvar su vida y quien por la oscuridad reinante a esa hora evitó nuevamente otro ataque.

"3°.- Al observar Digna Rosa, Eustacia, Angela Lucia entre otros con el fin de proteger a Francisco Antonio, quien ya había ingresado mal herido a su ranchería, se pararon en la puerta de entrada de esta con el fin de evitar que los soldados penetraran en ella y con el fin de proteger a uno de los suyos y desconociendo los móviles que hicieron proceder a uno de dicho modo a la autoridad. Pero los miembros del Ejército Nacional, retiraron en forma violenta y utilizando la fuerza a estas mujeres de la puerta de entrada a dicha ranchería y penetraron a dicha ranchería encontrando a Francisco Antonio tirado en el suelo en estado agonizante debido a las heridas recibidas.

" 4°.- Al observarlo en el suelo sus hermanas, madre-sic- como pudieron se metieron en medio de los soldados y se tiraron encima de Franciso Antonio, con el fin de protegerlo y evitar que los miembros al mando del capitán NESTOR HOYOS LEAL lo agredieran nuevamente pero fueron apartadas con violencia.

" 5°.- En esos momentos el capitán NESTOR HOYOS LEAL, ordenó a sus soldados que dispararan nuevamente sobre el moribundo ya que él era él hombre que buscaban y que fueran en busqueda del otro herido que había ido en dirección diferente a su casa de habitación (ranchería).

" Pero los hombres o miembros del ejército que comandaban la patrulla no tuvieron necesidad de disparar sobre la humanidad de Francisco Antonio, ya que las heridas recibidas eran de carácter mortal y le produjeron su deceso en cuestión de minutos.

"6°.- Luego de fallecer Francisco Antonio, el Capitán Néstor Hoyos Leal, les dijo a las señoras Digna Rosa, Angela Lucia y Eustacia que lo colocaran en una

hamaca. Estas mujeres agobiadas por el dolor y la tristeza de ver masacrar en su presencia a un ser querido le imploraban con sumisa humillación y llanto a los soldados que les ayudaran a levantarlo ya que les pesaba demasiado. Estos se negaron y les dijeron que si no obedecían las mataban a ellas.

"7°.- Luego de su actitud avasallante y no bastándole ello, el capitán NESTOR HOYOS LEAL, ordenó a la madre y hermanas de la víctima, que lo bajaran de la hamaca y lo montaran en el Platón de la Toyota en la que se movilizaban parte de los miembros que integraban la patrulla. Ya que el Capitán NESTOR HOYOS LEAL y JAVIER MURILLO se movilizaban en una Samurai Azul de placas venezolanas.

"8°.- Obedeciendo la orden y montando el cadáver en el platón de la Toyota se dirigieron con rumbo a Uribia (Guajira) en compañía de la madre y hermanas de la víctima. A mitad de camino, el capitán Nestor Hoyos Leal, les ordenó a éstas que se bajaran ya que él iba con el resto de sus hombres a Uribia a hacer entrega del cadáver. Pero la madre y hermanas le dijeron: que si las iba a dejar a mitad de camino a esas horas de la noche botadas para qué las había traído? Y él Capitán les contestó que obedecieran y no lo molestaran tanto y que como eran indigenas estaban acostumbradas a caminar y podían regresar solas.

"9°.- Es importante anotar que la Toyota Verde de Carrocería con placas venezolanas en que se movilizaban parte de los soldados que integraban la Patrulla, era de propiedad del señor PEDRO FUENMAYOR MEJIA, él cual fue despojado por la fuerza de su vehículo por parte del Capitán NESTOR HOYOS LEAL, quién lo necesitaba para cometer la fechoría que se ha relatado.

"10°.- Además, a pesar de encontrarse armado el joven Francisco Antonio, (Pistola) en el momento de ser atacado por los soldados que conformaban la patrulla, nunca utilizó dicha pistola para poner en peligro la integridad física de alguno de los soldados. Esta arma fue decomisada por el capitán NESTOR HOYOS LEAL y JAVIER MURILLO y a pesar de las gestiones de los familiares por recuperar dicha arma no fue posible.

" Pero la conducta de los militares comandados por el Capitán NESTOR HOYOS LEAL y JAVIER MURILLO, no se quedó allí, sino que fue tan extrema y sin medida alguna que le quitaron a la familia de las hoy víctimas - lesionado y muerto - el vehículo en que se movilizaban estas cuando fueron atacadas.

"(...)

"16°.- En la fecha de su muerte Francisco Antonio Urdaneta Pana y su hermano natural Alfonso Urdaneta Pana - lesionado - trabajaban como comerciantes en la venta de chivos en Maicao, Riohacha (Guajira) y al Corregimiento los FILU (Guajira Venezolana) obteniendo un ingreso promedio mensual ambos de dicha actividad laboral de CUARENTA MIL PESOS ($40.000.oo) M/cte.

"Además, se dedicaban a la cría de estos chivos, actividad laboral y agrícola por excelencia de los indígenas.

"17°.- A la fecha de su muerte Francisco Antonio y lesiones de Alfonso Urdaneta Pana, eran hombres solteros y vivían en el mismo hogar o ranchería con sus madres, señoras Eustacia Pana Ipuana y Concepción Pana Ipuana, y hermanas naturales formando una sola familia unida en el amor.

" Se dice familia natural ya que el padre de las víctimas, señor: Manuel Antonio Urdaneta, compró como es costumbre indígenas a dos hermanas y con ellas procreó una descendencia un poco larga.

"18°.- Con el producto de su trabajo en la cría y venta de chivos los jóvenes Antonio y Alfonso Urdaneta Pana, colaboraban en todas las necesidades de su hogar, ayudaban a sus madres y hermanas en todo.

" La muerte de Francisco Antonio y las lesiones de Alfonso produjo en sus madres, hermanas un profundo dolor moral, una congoja grande, difícil de medir por la forma como se desarrollo el procedimiento. Todo ello produjo perjuicios morales subjetivos a cada uno de los actores que les deben ser reparados en su totalidad por la entidad demandada, tal como se ha solicitado " en las declaraciones y condenas".

"19°.- Inmediatamente antes de que los miembros de la Patrulla dieran muerte a Francisco Antonio y lesionaran a Alfonso, estos se encontraban gozando de perfecta salud, sin lesiones de clase alguna por eso trabajaban en la cría y venta de chivos en Maicao, Riohacha y al Corregimiento los Filu.

"20°.- Alfonso decepcionado en lo más profundo de su ser no quiso dar para demanda en su nombre y se internó en la Alta Guajira, con su lesión en el ojo derecho y con posibilidades visuales en la actualidad de cero, más claro, pérdida total visual del ojo derecho.

" Y no quiso dar poder porque además para darlo necesitaba sacar cédula y prefirió seguir siendo GUAJIRO INDIGENA y no cedulado colombiano, porque los indígenas -la mayoría- cree que al cedularse pierden su identidad." (fls. 2 a 7 C. 1).

2. Trámite de la primera instancia. Admitida la demanda (fls. 30) se notificó el auto admisorio, a la entidad pública demandada (fl. 36 vto) la cual, previa constitución de apoderado especial, compareció al proceso, interpuesto el recurso de reposición en contra del auto de admisión y -en escrito separado-, pidió pruebas (fls. 41 a 46); el Tribunal negó la reposición (fls. 55 y 56), y tomando como fundamento la procedencia de unos medios de prueba y la corrección de la demanda, repitió el auto admisorio y retrotrajo el procedimiento cumplido (fls. 58 a 69); el proceso se abrió a prueba (fl 70); practicadas las que

se habían decretado, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para la presentación de sus alegatos finales. Ejerció este derecho la apoderada de los demandantes para insistir en las pretensiones de sus clientes y presentar sus argumentos según los cuales está probada la falla del servicio del ejército nacional.

3. El fallo del a-quo.

a. sobre el trámite que se imprimió al proceso, anota el Tribunal:

"...según el libelo demandatorio, la gestora judicial, señala como acción incoada la prevista en el art. 86 del Código Contencioso Administrativo o sea correspondiente a *REPARACION DIRECTA Y CUMPLIMIENTO,* y como trámite a seguir el determinado en los arts. 206 y s.s. del Decreto 01 de 1984.

"El trámite señalado, no corresponde a la acción de reparación directa incoada, por tratarse de un proceso especial, cuyo procedimiento le está señalado en el art. 217 del C.C.A.

"En el auto admisorio de la demanda, el Tribunal incurre en dicha informalidad, al ordenar la fijación en lista "para los fines del art. 207 del C.C.A." o sea el de procedimiento ordinario.

"Considera el Tribunal, que a pesar de haberse incurrido en señalamiento y trámite de procedimiento diferente al que legalmente corresponde, no alcanza éste hecho a configurar una nulidad, en virtud de que la diferencia entre un procedimiento y otro, reside únicamente en el término probatorio y en las defensas que puede tener el demandado, como es la denuncia el pleito, llamamiento en garantía y demanda de reconvención; situaciones éstas que no aparecen denegadas en autos, ya que el término probatorio se fijó en sesenta (60) dias (a folio 70) y no aparece acción judicial alguna que haya impedido al demandado ejercer los derechos consagrados en el numeral 2 del art. 217 del C.C.A. en consecuencia, para el Tribunal, no opera la nulidad." (fl. 220).

b. En relación con la legitimación en causa dijo:

"La parte demandante, queda reducida a las siguientes personas:

-ESTANCIA BEATRIZ PANA IPUANA Madre carnal del occiso

- DIGNA ROSA URDANETA PANA - Hermana carnal del occiso

-CONCEPCION PANA IPUANA -Tía del occiso

- NATIVIDAD URDANETA PANA -Hermana paterna del occiso

- MARIA CONCEPCION URDANETA PANA -Hermana paterna del occiso.

"Los certificados civiles de nacimiento aportados al proceso, dan fé de la relación de parentesco expuesta, de la cual no existe duda de la legitimación en causa.

" Las otras personas que aparecen como demandantes no pueden tenerse en cuenta, por no haberse representado en forma legal, por las siguientes razones:

" Carmelita Urdaneta Pana, según el certificado civil de nacimiento a folio 23, es hija de CONCEPCION PANA IPUANA y su nacimiento ocurrió el 27 de octubre de 1967. Situación ésta muy diferente a la expuesta en el poder y en el libelo demandatorio, donde se dice que su madre es EUSTACIA BEATRIZ PANA, quien es la que otorga poder en su nombre y representación por considerarla su hija y menor de edad. Estas aseveraciones fueron refutadas con el certificado civil de nacimiento, donde se prueba que no es su madre y que era mayor de edad, en el momento de la concesión del poder, factor este que la habilitaba para concederlo directamente. En consecuencia no puede ser considerada por el Tribunal como beneficiaria de algún derecho, por no haber concedido por estando habilitada legalmente para otorgarlo.

" HORTENSIA URDANETA PANA: Hija de EUSTACIA PANA IPUANA, fecha de nacimiento 1 de diciembre de 1971. Según certificado de nacimiento a folio (24).

" El parentesco acreditado con el certificado, no coincide con el poder a folio 16 donde es EUSTACIA BEATRIZ PANA IPUANA, quien lo concede en nombre y representación, no siendo ésta su madre, situación que conlleva a la Corporación a no reconocer beneficio alguno por no encontrarse legalmente representada por su madre, a quien la ley (art. 62 C.C.) le concede atribuciones para actuar en su nombre por ser "Representantes legales", ya que el hijo de familia sólo puede ser representado por sus padres, situación que no cumple en el caso de autos, por indebida representación.

"ANGELA LUCIA URDANETA PANA, no demuestra parentesco, no se aportó al plenario el registro civil de nacimiento, documento idóneo para determinar el vínculo con Eustacia Beatriz, quien en su representación concede poder. Al no ser demostrado parentesco, debe omitirse sobre ella cualquier pronunciamiento.

" El certificado de Registro Civil de nacimiento que aparece a folio 25, correspondiente a ROSARIO URDANETA PANA, persona que no se encuentra dentro de las demandantes, por no haber otorgado el respectivo poder. No puede ser objeto de decisión." (fls. 225 a 226 C. 1).

El siguiente análisis lo condujo a concluir en la existencia de la falla del servicio:

"TESTIMONIO DE DIGNA ROSA URDANETA PANA:

" Según certificado civil de nacimiento, es hija de MANUEL URDANETA PANA y EUSTACIA PANA, hermana carnal del occiso FRANCISCO y hermana del padre -sic- del lesionado Alfonso. Constituye una testigo presencial. Cuenta cómo al llegar sus hermanos Francisco y Alfonso, a la ranchería donde residían KAITAMANA, fueron atacados por soldados que los tenían rodeados, los cuales fueron heridos, Alfonso huyó y Francisco quiso entrar a la ranchería, donde cayó, " fue cuando nosotros corrimos a decirle que no le siguieran dando y entonces le daban más ". Con posterioridad lo cargaron en un vehículo y se lo llevaron para Uribia, junto con ella, a quien la dejaron a mitad del camino, quienes caminaron para conseguir un vehículo que finalmente las trasladó a Uribia para reclamar el cadáver.

"TESTIMONIO DE EUSTACIA PANA IPUANA:

"Según el certificado de registro civil de nacimiento de Francisco Antonio, la unía con el occiso, parentesco de consanguinidad de primer orden: madre e hijo natural.

" La narración de los hechos es concordante con la analizada anteriormente, cuenta las circunstancias de tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos.

" El 22 de noviembre de 1985, siendo aproximadamente las 11 p.m., se encontraba despierta esperándolo, cuando apareció el ejército en un Toyota de carrocería con las luces apagadas y le dispararon.

" Los testimonios relacionados, son los únicos que existen en el planeario, para demostrar la forma de ocurrencia de los hechos. Corresponden a personas directamente interesadas en las resultas del proceso, por ser sus demandantes, pero que debido a las circunstancias que allí se narran y a la forma de vida de los indígenas, en rancherías aisladas ubicadas dentro de la desértica Guajira, hace difícil que personas diferentes a los familiares del occiso estuvieran presentes en el momento de la ocurrencia de los hechos.

"Estas declaraciones, en principio, constituyen sólo indicios sobre la ocurrencia de los hechos, pero que unidas a otras pruebas del plenario, no pueden arrojar luz, sobre la cuestión planteada.

" Se encuentra plenamente probado los siguientes hechos:

"1.- La muerte del Sr. FRANCISCO ANTONIO URDANETA PANA, hecho ocurrido el 22 de noviembre de 1985 a manos de miembros que integraban la patrulla del Ejército Nacional, al mando del Capitán NESTOR HOYOS LEAL y del Cabo segundo PEDRO EMIRO PEÑEROS -sic- BOHORQUEZ -sic-, JAIME MEZA SILVA, GERMAN ELIAS MORENO NIÑO, JOSE RODRIGO OCAMPO, SOLDADOS: LUIS MANUEL OTERO RAMIREZ, RAFAEL

ANTONIO CASTRO ROMERO, FERNANDO ALBERTO CASTAÑO VERGARA, ORLANDO RAFAEL SALAS OCAMPO, JOSE DARIO RUIZ HERNANDEZ, WILLIAM BAYONA MANTILLA. Y como conductor de uno de los vehículos se desempeñó un indígena, sin identificar en las plenarias. (a folio 107).

" Existen en el proceso los siguientes medios de convicción de los hechos anotados:

- Copia auténtica de la diligencia de levantamiento del cadáver del sr. Franciso Urdaneta Pana (a folio 21).

- Registro civil de defunción de Francisco Urdaneta Pana, expedido por la Notaría Unica de Uribia (Guajira).

- Copia fotostática autenticada de la constancia suscrita por el Coronel del Departamento E - 1 Comando del Ejército, donde hace constar que el Capitán Hoyos Leal Nestor para el año de 1985, se encontraba en servicio activo del Ejército y pertenecía al grupo Rondón (Guajira).

- Copia fotostática autenticada del acta de poseción de Hoyos Leal Nestor, como Capitán.

- Oficio dirigido a este Tribunal de fecha Marzo 7 de 1989 suscrito por el Brigadier General JUAN SALCEDO LORA COMANDANTE SEGUNDA BRIGADA BARRANQUILLA.

- Fotocopia autenticada del oficio de fecha Febrero 17 de 1989 emitido por el Coronel Cifuentes Mogollón, que dá cuenta de que efectivamente el Capitán Hoyos Leal comandó para la fecha anotada y en la región citada una patrulla. (a folio 105, 106).

- Constancia, emitida por el Coronel JOSE OSCAR JIMENEZ GONZALES, en la cual se certifica que el Capitán Hoyos Leal, para el dia 25 de Enero de 1985, se encontraba en servicio activo del Ejército y pertenecía orgánicamente al Grupo Rondón. (a foio 119).

" Las circunstancias relatadas por los testigos, no coínciden con lo informado por el Comandante de la base militar de Maicao, quien en la diligencia de levantamiento de cadáver manifestó: " Que hubo un enfrentamiento armado con el ejército en el sitio denominado KAITAMANA y que se decomisó una pistola 9 mm Número 361429, la cual queda en el Comando grupo Rondón de Buenavista". (a folio 21).

" A folios 105 y 106, se dice en el literal (G): " El Señor, Capitán NESTOR HOYOS LEAL, al término del patrullaje, suscribió informe que en el desplazamiento de la patrulla aludida, en la fecha y sitios referidos, ésta fue

atacada por armas largas y fusiles, por una banda al parecer de antisociales llamadas " los diablitos" y que al ser repelido tal ataque por parte de los militares se produjo la baja de uno de sus atacantes.".

" En los documentos aportados por el demandante relativos a la providencia emitida por el Juzgado militar de la Segunda Brigada de Barranquilla, se arguye una situación de legítima defensa del demandado, cuando da por probada la emboscada o asalto de una banda de antisociales denominada " los diablitos ", protagonizada por FRANCISCO y ALFONSO URDANETA PANA, en el proceso seguido en contra de los miembros que conformaban la patrulla militar que realizó el operativo.

" En el análisis de estos medios probatorios, se observa lo siguiente:

" DE LA FORMA COMO ACTUO EL PERSONAL MILITAR:

" Sin lugar a duda, la muerte de Francisco Urdaneta Pana, fue ocasionada, por los miembros de la Patrulla del Ejército , comandada por el Capitán HOYOS LEAL NESTOR.

" Se dice que el operativo, se efectuó exclusivamente para detectar una banda que operaba en la zona de Uribia (Guajira Alta). Si así hubiese sido, por qué se expresa que la mencionada patrulla había salido de ' Maicao, hacia ranchería KAITAMANA ' ? (a folio 107 - 126).

Por qué tenían que cumplir expresamente la misión en dicha ranchería, donde vivía el occiso?

" Por qué se dice igualmente (a folio 128) que la misión ' consistía en esperar un asalto o la emboscada' ?

" Estas afirmaciones, no desvirtúan las declaraciones recepcionadas, antes bien, les conceden mayor fuerza probatoria, pues solamente aparecen involucrados en los hechos los dos indígenas FRANCISCO y ALFONSO, pues ni en el proceso penal, ni en el que se examina, se habla de otras personas, que acompañan a los Urdaneta Pana.

" Salta a la vista, que la patrulla militar, llegó a la ranchería Kaitamana con anterioridad a la llegada de los Hermanos Francisco y Alfonso, la cual se parapetó o se atrincheró en la oscuridad en cercanías de la vivienda indígena, acechando la llegada de los Urdaneta Pana para capturarlos. En esas condiciones es inconcebible que los once (11) miembros del ejército participantes de la operación (a folio 107), pudieran considerarse agredidos y sintieran la necesidad de defenderse, ante dos (2) personas tomadas de sorpresa.

Ahora bien, no se anunció un llamado de rendición por parte de la patrulla del ejército, ni se encuentra probado en el plenario de que la víctima hiciera parte de la presunta banda de ' los diablitos '.

" Desde el inicio de la operación militar se sabía exactamente a donde se dirigían, para tal efecto aparece el guía indígena, del cual no se sabe su identidad, pero que las partes reconocen la existencia del mismo. Se dijo, que el operativo era en la ranchería Kaitamana, para llevar a cabo el operativo, con vínculos particulares despojando al sr. PEDRO J. FUENMAYOR MEJIA, conforme su declaración a folio 101, de su vehículo particular, para cometer el hecho. El declarante es un tercero ajeno a la litis y sin parentesco alguno con la familia Urdaneta Pana, declaración que merece crédito probatorio y que apartes de la declaración de Digna Rosa y Eustacia.

" Respecto de los antecedentes de Francisco Urdaneta Pana, provenientes del Juzgado Inscriminal ambulante de Uribia, (a folio 73), no era motivo ni razón para privar la vida a una persona, pues sólo se expedía ' orden de captura y no de muerte'.

" Además debe considerarse que los integrantes desconocían la identidad de las víctimas, como puede inferirse de la declaraciòn de la sra. Digna Rosa Urdaneta, cuando expresó: ' Nos preguntaban que cómo se llamaban, yo creyendo que mi hermano podía salvarse o algo, le dije otro nombre, entonces empezó a repararlo y dijo éste es el mismo. '

" De lo expuesto, se evidencia el exceso en el cumplimiento de la misión de orden público, que dio lugar a que el Concejo Municipal de Uribia aprobara la Proposición N° 018 de 1985, mediante la cual el honorable Concejo de esa Municipalidad, manifieste preocupación por la actuación de las fuerzas del orden, utilizando procedimientos extremos en ' contra de la vida honra y bienes de los asociados ', al haberle dado muerte al joven Francisco Urdaneta. Finalmente solicitan que las autoridades competentes adelanten rigurosa investigación sobre la unidad del ejército.

" En igual sentido, declara el Dr. LIMBANO DIAZ PIMIENTA A folio 101 vuelta y 102, quien fue el investigador en representación del Concejo Municipal.

" Si la patrulla del ejército iba a dar cumplimiento de orden de captura, por qué no se ejecutó el procedimiento legal? Se extralimitó en sus funciones amoldándose en los art. 20 y 23 de la Constitución Na., que prescriben, que los funcionarios públicos son - también responsables por 'extralimitación de funciones,- o por omisión en el ejercicio de éstas'.

" Dentro de la filosofía anterior, la estructura jurídica mentada por el actor, la fundamenta en las normas de la Constitución Nacional, en especial el art. 16 que consagra que ' Las autoridades de la República están instituídas para

proteger 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". (fls. 221 a 225 C. 1).

d. Los perjuicios materiales le merecieron estas consideraciones:

" La indemnización por éste concepto comprende el daño emergente y el lucro cesante. (art. 1613 del C.C.A.).

" a. El daño emergente consiste en la disminución específica, real y cierta del patrimonio, que puede estar representada por los gastos que los damnificados tuvieron que hacer con ocasión del evento dañoso, lo cual adolece de respaldo probatorio en el plenario, por cuanto la parte interesada no aportó ninguna prueba en tal sentido. En consecuencia no se reconocerá.

" b. LUCRO CESANTE: Se refiere a la pérdida del aumento patrimonial originada en el hecho que causa el daño, lo hace consistir la demanda en: ' ... Vivían en el mismo hogar o ranchería con sus madres y sus hermanos naturales ' (Hecho 17).

" ' Con el producto de su trabajo en la cría y venta de chivos los jóvenes FRANCISCO y ALFONSO colaboraban en todas las necesidades del hogar, ayudando a sus madres y hermanos en todo ' (Hecho 17).

" Es decir, la privación de la ayuda económica que les dispensó el occiso, mientras vivían y que de no haber mediado el insuceso les habría dado, con toda seguridad, hasta el final de sus dias, máxime en tratándose de indígenas que tiene tan arraigado el sentimiento familiar.

" Se dice por el declarante WILDER ANTONIO GUERRA, a folio 96, refiriéndose a los ingresos: ' Son difíciles de precisar, porque no son fijos mensuales, sino que ellos tienen períodos en que sacan lotes de machos castrados para vender en los FILUO (Venezuela), yo calculo que pueden ser unos ochenta mil pesos ($80.000,oo) derivados del pastoreo...'

" En el libelo demandatorio se señala ' un ingreso mensual de ambos, en sus actividades laborales en la suma de cuarenta mil pesos ($40.000.oo).

" Lo expuesto no presenta suficientes elementos de convicción para su evaluación concreta y la condena tendrá que ser en abstracto, según lo previsto en los arts. 307 y 308 del C.P.C., la que se hará con base en las siguientes pautas:

1.- El perjucio aludido, para la madre del occiso, se calculará con base en el valor del salario mínimo mensual vigente en la época del deceso, descontando un 25% que se presume dedicaba el occiso a su propia subsistencia y distinguiendo dos períodos:

" a. El transcurrido entre el momento de la causación del perjuicio (22 de noviembre de 1985 y la fecha de ejecutoria de este fallo; de conformidad con la fórmula reconocida por la jurisprudencia.

" b. El futuro, o sea el que corre a partir del día siguiente al de la ejecutoria de la presente sentencia y la vida probable atendiendo las tablas Colombianas de mortalidad aprobadas por el I.S.S. para los cálculos actuales. De acuerdo con la fórmula matemática reconocida.

" 2.- Los ingresos se actualizarán, de acuerdo con las orientaciones jurisprudenciales, para lo cual se aportarán al expediente actualizados los índices de precios al consumidor, certificados por el DANE.

" En realción con los perjuicios solicitados para la madre del lesionados, no procederá condena por las razones siguientes:

" 1°.- No aparece dictámen médico legal que demuestre la clase de lesiones sufridas por el señor ALFONSO URDANETA, así como acreditada la incapacidad.

" La constancia médica que aparece a folio 18, no fue ratificada en el proceso que por ser documentos privados requería de este requisito para erguirse -sic- con mérito probatorio (C.P.C. art. 277-2).

" No habiéndose probado en el plenario lesión alguna, no habrá lugar a sanción resarcitoria." (fls. 226 a 228).

e. En lo concerniente a los perjuicios morales, razonó de esta manera:

" a.- En autos, a folio 19, figura el registro civil de nacimiento de FRANCISCO ANTONIO URDANETA, hijo de MANUEL ANTONIO URDANETA y EUSTACIA PANA IPUANA, lo que indica que EUSTACIA PANA IPUANA, es la madre del Occiso.

" Siguiendo las orientaciones de la Jurisprudencia, el Tribunal reconocerá, por este concepto, a la señora EUSTACIA PANA IPUANA, el equivalente a un mil (1000) gramos de oro, según certificación que sobre el valor internacional del gramo de oro expida en el Banco de la República a la fecha de esta sentencia.

" b.- En cuanto hace relación con los otros demandantes idóneos analizados anteriormente por aparecer demostrado en forma legal el parentesco que los unía con el occiso, el Tribunal hace las siguientes consideraciones:

" En lo que respecta a sus hermanas mayores por líneas paterna NATIVIDAD, MARIA CONCEPCION y su HERMANA CARNAL DIGNA ROSA, y su tía CONCEPCION PANA IPUANA, se acreditaron las siguientes circunstancias; que se deducen de las siguientes declaraciones:

VICTOR M. LINDAO BRITO a folio 100 ' Yo los conocí aproximadamente desde hace quince años y a la familia hace bastante, desde que tengo conocimiento son mis amigos y reconozco que son buenas personas trabajadores se dedican al pastoreo de sus animales, Francisco a pesar de que no era el mayor de ellos representaba a la familia'.

" DECLARACION DE WILDER A. GUERRA: ' Si sin duda como toda familia Guajira los lazos de solidaridad y de reciprocidad suelen ser mas fuertes que los de una familia no indígena, dado que estos no se limitan a la familia nuclear sino a la familia extensa.' (a folio 96). Y más adelante agrega: ' Sin duda especialmente Francisco, el cual podíamos considerar pese a no ser mayor de sus hermanos como la cabeza de la familia (folio 19).

" En las condiciones anteriores, debe reconocerse el equivalente de quinientos (500) gramos de oro para cada uno de los hermanos y quinientos (500) gramos de oro para la señora CONCEPCION PANA IPUANA, tía del occiso, tal como quedó demostrado anteriormente, el valor gramo será el certificado por el Banco de la República que sobre el precio Internacional del oro tenga a la fecha de ésta providencia." (fls. 228 a 229 C.1).

4. El recurso de apelación. Fue interpuesto por el apoderado judicial de la demanda quien lo sustentó en los siguientes términos:

" Se observa en la sentencia objeto del recurso, que el H. Tribunal del conocimiento no dió aplicación al procedimiento que se indica en nuestro Código Contencioso Administrativo para las acciones de reparación directa y cumplimiento señalado en el artículo 217 del mencionado Código, pues fue aplicado el que se señala en el artículo 207 del C.C.A. o sea el del procedimiento ordinario, con lo cual se incurrió en la falta de garantía del debido proceso, que consiste en que no se puede emplear un procedimiento diferente al asignado por la ley en cada caso, y si ello ocurre se produce inadecuación del trámite que constituye causal de nulidad, sin perjuicio del deber que tiene el Juez de dar el trámite que corresponda aunque el demandante señale otro: por otro aspecto, conforme a nuestra legislación procesal sólo es posible acudir al proceso ordinario cuando aquella no establece para el asunto un procedimiento distinto. Este principio genérico lo había reconocido la Corte Suprema de Justicia con fundamento en la Ley 105 de 1931.

" Pués H. Consejero Ponente, como puede apreciar se pretumitió -sic- en el caso en comento el procedimiento a seguir para las acciones de reparación directa y cumplimiento.

" Couteure (sic) opina que una de las garantías constitucionales más importante es la del debido proceso con sus secuelas de la garantía de defensa, de petición, de pruebas y de igualdad ante los actos procesales; nuestra Constitución Nacional lo consagra en el artículo 26. Pues la naturaleza de las formas

procesales no es otra cosa que la de la Ley procesal, es decir, de derecho público, de orden público e imperativas.

" Por lo anotado H. Consejero Ponente considero que se debe declarar la nulidad de lo actuado." (fl. 238 a 239).

5. Alegatos en la segunda instancia. La procuradora judicial de los demandantes, en oportunidad procesal, se opone a la declaración de nulidad que motivó la apelación de la demanda, por dos razones:

a. El tribunal imprimió el procedimiento correcto a pesar de la equivocación en que se incurrió en la demanda.

b. Por aplicación del artículo 4° del C. de P.C. :

La Mandataria Judicial de la Nación, por su parte, agrega dos motivos de inconformidad a los planteados inicialmente con el recurso, a saber:

a. Las declaraciones de Eustacia Beatriz Pana y Digna Rosa Urdaneta Pana que apoyaron la decisión del Tribunal, no pueden tomarse en cuenta dado que son partes en el proceso y, por lo mismo, su testimonio es parcial.

b. El daño indemnizable es el daño cierto; esa característica no se cumple en este caso con los perjuicios materiales que reconoció el Tribunal.

6. El concepto fiscal. La señora Fiscal Segundo de la Corporación, Dra. EDNE COHEN DAZA, solicita se confirme el fallo recurrido, pues, en relación con la nulidad procesal planteada.

" Salta a la vista al observar el discurrir procesal llevado a cabo ante el Tribunal Administrativo de la Guajira, que éste fue el ordenado por el art. 217 del C.C.A., a pesar de que equivocadamente se haya señalado en el auto admisorio el art. 207 que, para efectos del procedimiento contemplado en aquél es complementario, ya que, tanto en los procesos ordinarios como en los de reparación directa y cumplimiento, la notificación a la parte demandada, la fijación en lista y la corrección o declaración de la demanda son idénticos; el período probatorio fue de 60 días, como lo ordenó el auto visible a folio 70.

" En consecuencia, como el procedimiento que realmente se le dió al proceso fue el que legalmente le correspondía, no se observa la causal de nulidad impetrada." (fls. 258 a 259).

Y " Respecto a la parcialidad de los testimonios de la madre y la hermana del occiso que fundamentaron la sentencia condenatoria y a que éstas no pudieran declarar por ser parte en el proceso, la ley no limita o prohibe por tales motivos esas declaraciones, sino que ellas se apreciarán por el juez como lo preveén los arts. 217 y 218 del C.P.C. y de acuerdo a las reglas de la sana crítica. La parte interesada

puede t ıchar los testigos, según las mismas disposiciones y, como la demandada no hizo uso de este derecho oportunamente, no puede hacerlo en la presente etapa procesal.

"Por otra parte, debe destacarse que el fallo apelado no se basó exclusivamente en los testimonios cuestionados, sino que también tuvo en cuenta todas las demás pruebas demostrativas de los hechos para arribar a la conclusión condenatoria, como bien lo aclara en la parte considerativa." (fl. 259)

Concluye que fueron "...demostrados los hechos de la demanda a través no sólo de las declaraciones de los testigos presenciales, (fls. 94 a 95), sino también de lo consignado en los informes que obran a folios 105 a 108 suscritos por el comandante del Grupo Rondón y el juez militar de primera instancia y el testimonio del doctor Limbano Díaz, investigador de los hechos en representación del Concejo Municipal de Uribia (fls. 101 vto, y 102).

"El acta de levantamiento del cadáver de Francisco Antonio Urdaneta Pana (fl. 21) y el registro de defunción (fl. 20) demostraron el hecho de la muerte y la causa de la misma, cuyas circunstancias hicieron que el Concejo Municipal de la ciudad de Uribia manifestara su inconformidad y solicitara a las autoridades competentes una investigación (fl 76).

"Los perjuicios de orden material y moral se probaron con los testimonios de Wilder A. Guerra (fl. 96) Víctor M. Lindo -sic- (fl. 100) y Pedro J. Fuenmayor (fl. 101)." (fls. 259 a 260 C.1).

LA SALA CONSIDERA

1. La nulidad propuesta. Este, que es único motivo que esgrime el apelante como fundamento de su recurso, supone que se dió al proceso un trámite distinto del legalmente previsto; el asiento fáctico de tal afirmación radica en que en el auto admisorio de la demanda, visible a fl. 59, se dijo:

"3° Fijar en lista el presente negocio por el término de diez (10) días para los fines el Art. 207 del C.C.A."

Ya el Tribunal, en el fallo recurrido, explicó suficiente y satisfactoriamente, que esta equivocación no tuvo ninguna trascendencia procesal; otro tanto hizo la Colaboradora Fiscal de esta Corporación en su concepto de fondo; efectivamente, las solas diferencias que separan los procesos previstos en el capítulo 2°, título 26, libro 4° del C.C.A. (artículo 217 y ss), del ordinario regulado en el título 24 del mismo libro (artículo 206 y ss) consisten en las facultades que se otorgan , en el primero, a la parte demandada para, dentro del término de fijación en lista, denunciar el pleito, llamar en garantía y presentar demanda de reconvención; lo mismo que el término de 60 días para practicar pruebas. En lo demás existe total coincidencia.

En el caso sublite, el término probatorio señalado por el a-quo fue de 60 días (fls. 70) y nada impidió a la entidad demandada el ejercicio de las facultades que se dejaron relacionadas; en consecuencia el error es totalmente inocuo y no puede ser jurídicamente calificado como causal de nulidad procesal.

De otra parte, llama la atención que la demandada se haya limitado a impugnar infructuosamente el auto admisorio de la demanda, para olvidarse luego del proceso hasta la producción de la sentencia; dejó pasar todo el debate procesal; no contestó la demanda; no alegó en la conclusión de la instancia; sino que frente al fallo adverso creyó encontrar una nulidad que propuso, a deshora, como fundamento del recurso de apelación.

2. Sin embargo del fracaso del cargo que endilga la apelante a la sentencia de primera instancia, esta debe, de todas maneras, ser revisadas por la Sala por cuanto es susceptible del grado de consulta.

El *a-quo* encontró legitimado en la causa los demandantes EUSTACIA BEATRIZ IPUANA (madre del occiso), DIGNA ROSA URDANETA PANA (hermana carnal), NATIVIDAD y MARIA CONCEPCION URDANETA PANA (hermanas paternas) y CONCEPCION PANA IPUANA (tía); sobre el particular, la Sala no tiene reparos que hacer; la prueba documental que aparece en el expediente demuestra los indicados parentescos, excepción hecha de la última respecto de que no existe documento que demuestre su condición de hermana de EUSTACIA BEATRIZ, madre del muerto; sin embargo, los diversos testimonios que fueron recibidos en el curso del proceso permiten concluir que era una de las varias esposas de Manuel Antonio Urdaneta, padre de la víctima, y que convivía, haciendo una sola y única familia con EUSTACIA BEATRIZ y los hijos de todas ellas. Esa circunstancia deja en la Sala la convicción de que la muerte de FRANCISCO ANTONIO le produjo perjuicios, elemento suficiente a la luz del artículo 86 del C.C.A., para reconocerla como legítima para formular las reclamaciones que contiene la demanda.

Las razones que tuvo el Tribunal para desconocer la legitimación en la causa de ANGELA LUCIA, ROSARIO y CARMELITA URDANETA PANA, corresponden a la realidad procesal y son perfectamente atendibles.

Tampoco reconoció legitimación a HORTENSIA URDANETA PANA porque quien otorgó el poder en su nombre fue EUSTACIA BEATRIZ PANA IPUANA y no EUSTACIA PANA IPUANA que fue figura, como su madre, en el registro civil de nacimiento; la Sala no comparte con el *a-quo* esta apreciación que se excede en severidad; en efecto, nada indica que EUSTACIA PANA IPUANA, nombre que figura en el acta de registro civil de nacimiento de Hortensia (fl. 288) sea persona distinta de EUSTACIA BEATRIZ PANA IPUANA, nombre que figura en la constitución del poder.

Sin embargo, como la parte demandante no apeló ni adhirió a la apelación, la determinación del Tribunal debe confirmarse.

3. El análisis de la falla del servicio está correcta y seriamente tratado por el *a-quo*, después del análisis probatorio que la Sala comparte y que no ha sido cuestionado en el proceso; a lo dicho por él, de suyo suficiente, se estima conveniente agregar que, según reiterada jurisprudencia de esta Sección, los daños causados por el uso de armas de fuego de dotación oficial se indemnizan con sometimiento al régimen de falla presunta cuyo efecto inmediato consiste en trasladar la carga de la prueba del actor al demandado; en el *sub-lite*, la demandada no hizo ningún esfuerzo procesal por desvirtuar la presunción que obraba en su contra, razón de más para aceptar la conclusión el Tribunal.

4. El perjuicio material sufrido por la madre del difunto se establece a partir de los testimonios de WILDER ANTONIO GUERRA CURVELO (fl. 96) y VICTOR MANUEL LINDAO BRITO (fl. 100), quienes manifiestan que Francisco, "pese a no ser el mayor de sus hermanos" era la "cabeza de la familia" (fl.96) a la cual " representaba " (fl.100), todo lo cual indica su contribución económica al hogar; si bien la constitución de éste en las tribus indígenas Wayuú es bastante compleja, considera la Sala que se atiende a la justicia si se estima a la madre como la titular del perjuicio material.

Para la mejor inteligencia de esta afirmación, y con la mejor intención de interpretar el principio constitucional contenido en el artículo 7° de la Carta Política, se transcribe el informe rendido -a pedido de la Sala - por el Secretario de Asuntos Indígenas del Departamento de la Guajira, visible a folios 303 a 305:

" PATRIAS GUAJIRAS

" La comunidad indígena de Kaitamana, no es una tribu, quienes allí habitan son Indígenas Wayuú, pertenecientes al Clan Ipuana. El nombre Kaitamana (Lugar Soleado), hace referencia a una área geográfica del Municipio de Uribia, la cual es reconocida por quienes allí habitan como el territorio propio de sus ancestros. A este lugar ellos lo denominaban: Womain, es decir, "Nuestra Patria Guajira". En él se encuentran sus viviendas, cementerios, zonas de pastaje y fuentes de agua.

" ORGANIZACION SOCIAL WAYUU

"Los Indígenas Wayuú, se encuentran organizados en clanes matrilineales no exogámicos, los cuales se encuentran dispersos en la Península. Estos clanes jamás actúan como colectividad porque se trata de una categoría no coordinada de personas que componían una condición social y un ancestro epúnimos ejm. Ipuana es el gavilán.

" La unidad política y social se da en el nivel de linaje. Fracciones de un clan que se encuentran localizadas territorialmente y descienden de antepasados humanos, comunes, identificables generalmente. Es decir, que los miembros de un linaje Wayuú comparten responsabilidades para el cumplimiento de obligaciones tribales como pago matrimoniales, indemnizaciones por conflictos. etc. y actúan como colectividad.

" La filiación principal vigente en la sociedad Wayuú es la matrilineal. Esto quiere decir que un individuo al nacer pertenecerá al linaje de su madre y sus mayores responsabilidades y reprocidades se inclinarán fuertemente hacia sus parientes uterinos: abuela, tío materno, tías hijos e hijas de sus tías, hermanos, hermanas, hijos e hijas de sus hermanas. A los parientes uterinos los Wayuú les llaman apüshi, son parientes de carne, porque la carne de un individuo la aporta, según el sistema de creencias Wayuú, la mujer por ello cuando alguien es asesinado la carne destruida, la muerte de uno de los apüshi debe ser indemnizada al conjunto de parientes uterinos.

" En contraste el padre de un individuo le aportará, al procrearlo, la sangre (ashá), por ello cuando un individuo Wayuú es herido, el pago por la sangre derramada deberá hecerse a sus padres; es decir: A los parientes uterinos del padre (oupayú). Todos los hermanos del padre y sus sobrinos serán llamados por su hijo, padres (tashi). Por ello en etnología a este tipo de padres que no son estrictamente sus padres, en un sentido biológico, les llamamos padres clasificados. A ellos corresponde brindarles atención y respeto, pueden decidir el pago matrimonial o dote de las hijas y un pequeño pago adicional por la muerte de su hijo llamado Nuwila Noupayú: es decir, lágrimas derramadas por un padre por la muerte de su hijo.

" Al discutir geneologías los wayuú se refieren a otros como hermanos, padres, o hijos. Se puede preguntar a una mujer acerca de su sobrino y responderá es mi hijo. Si se quiere ahondar en la respuesta habrá que preguntarle: Lo pariste? Y ella responderá - No, salió del vientre de mi hermana habría que añadir que los wayuús se refieren a sus primos maternos como hermanos (tawala) y a los hijos de sus primas como sobrinos (tasipú).

" COHABITACION CON OTRAS ESPOSAS

" Aunque el hombre es polilínico si sus mujeres no son del mismo apüshi no cohabitarán con ellas en una misma casa. esto solo ocurre cuando ellas son hermanas, pues generalmente se asocia a las mujeres a un territorio fijo, establecido y al hombre a la movilidad.

" HOMBRE FIJO Y UNICO Y MUJER MOVIL Y MULTIPLE

" Es una de las oposiciones fundamentales de la cultura wayuú. Los hermanos maternos no conservan entre si la reciprocidad solidaridad que guardan para sus parientes uterinos más lejanos. Usualmente un hombre puede tener otras esposas en lugares distantes entre si y visitarlas periódicamente o dejarlas definitivamente, debilitando los lazos potenciales de reciprocidad de sus hijos." (fls. 303 a 305 C.1).

En consonancia con lo anterior, si se tiene en cuenta que las dos esposas de MANUEL ANTONIO URDANETA padre del occiso, eran hermanas entre sí, es decir, pertenecían al mismo apüshi, parece lo mas justo identificar a la madre como materialmente perjudicada con la muerte de su hijo.

Dado que no existe prueba sobre la cuantía del daño material, se liquidará con fundamento en el salario mínimo vigente en noviembre de 1985, el cual se actualizará aplicando la fórmula

$$Ra = R \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}.$$

La cifra resultante se disminuirá en un 25% que se estima dedicada el difunto a la atención de sus necesidades personales; el saldo (75%) constituirá la base de la indemnización hasta cuando el difunto cumpliese 25 años de edad, es decir, el 22 de noviembre de 1988, lo cual significa que no hay lugar a indemnización futura.

La formula aplicable es:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i}, \text{ ejecutando lo dicho:}$$

$$Ra = 13.557.60 \frac{238.32}{51.43} = 62.824.17$$

$$75\% = 47.118.12$$

$$S = 47.118.12 \frac{(1+0.004867)^{41} - 1}{0.004867} = 2'132.356.86$$

5. Los perjuicios morales fueron analizados y decretados correctamente por el Tribunal.

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,

F A L L A :

Confírmase la sentencia apelada con la modificación del ordinal 2°., en cual quedará así:

" Condénese a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional a pagar en favor de EUSTACIA BETARIZ PANA IPUANA la suma de DOS MILLONES CIENTO TREINTA Y DOS MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS CON OCHENTA Y SEIS CENTAVOS ($2'132.356.86) por concepto de perjuicios materiales.

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 veintiuno (21) de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO/ CONSCRIPTO

La víctima ingresó a filas en buen estado de salud y fue muerto por fuera de los riesgos normales propios de la instrucción o el propio servicio militar, o sea al ocurrir un siniestro de los que eventualmente pueden generarse en el ámbito de la carga excepcional que expone a los conscriptos a perjuicios normales. La muerte fue el resultado directo y necesario del riesgo excepcional creado por ese servicio militar.

LEGITIMACION POR ACTIVA / HIJO EXTRAMATRIMONIAL

No fue acertada la aplicación que hizo el *a-quo* del artículo 239 del C.C. así como de la jurisprudencia que interpreta el alcance y contenido de esa disposición, pues ellos son pertinentes a la legitimación de los hijos de la pareja que ha contraido nupcias con posterioridad al nacimiento de aquellos y en el, presente, como lo aclaró la parte actora desde la demanda, se trata del reconocimiento de un hijo extramatrimonial, sin que exista matrimonio de sus progenitores.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Tercera.- Santafé de Bogotá D.C., veintidos de mayo de mil novecientos noventa y dos.

Consejero ponente: *Daniel Suárez Hernández;* Referencia: Expediente N° 6560; Actor: Jaime Bahamon Correa Y otros.-

Conoce la Sala del recurso de apelación que interpuso la parte contra la sentencia de 11 de diciembre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, mediante la cual dispuso:

"*PRIMERO.-* Declarar no aprobada la excepción de Inepta Demanda.

"*SEGUNDO.-* Negar las pretensiones de la Demanda.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1.- La demanda.-

Con fecha 11 de diciembre de 1989, JAIME BAHAMON CORREA, MARIA ELIZABETH GARCIA PIÑEROS, MARIA ANGELICA, JOSE SAUL y YAMILE BAHAMON GARCIA, obrando por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A., formularon demanda en contra de la NACION COLOMBIANA - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL.

Solicitan a las entidades demandadas patrimoniales responsables de la muerte de quien se hallaba prestando su servicio militar el joven RICHARD BAHAMON GARCIA, producido con su arma de dotación oficial por el también soldado del Ejército Nacional JOSE BELTRAN CASTELLANOS, en hechos ocurridos al interior del Batallón de la institución del Municipio de Apiay en el Departamento del Meta, el 22 de diciembre de 1987.

Como consecuencia de esta muerte, que se imputa a una falla o falta del servicio oficial a cargo del ejército Nacional, se pide condenar a la parte demandada a pagar los daños que se le irrogaron a la parte actora, discriminadamente de la siguiente manera: Por concepto de perjuicios morales subjetivos el equivalente en pesos colombianos de mil gramos de oro fino para los dos primeros citados padres de la víctima y de 500 gramos también de oro fino para cada uno de sus tres hermanos, los últimos nombrados, al precio oficial que tenga ese metal para la fecha de ejecutoria del fallo; por perjuicios materiales, se solicita indemnizar a la madre del occiso y a su hermana María Angélica Bahamón García con la suma que resulte acreditada en el proceso y en su defecto, con el equivalente en pesos de 4.000 gramos de oro fino, de conformidad con el artículo 107 del C. Penal.

2. Fundamentos de hecho.-

Aparecen relacionados a folios 9 y 10 y se reducen en síntesis a lo siguiente:

Los padres de la víctima, señores JAIME BAHAMON CORREA y MARA ELIZABETH GARCIA PIÑEROS viven en unión libre desde hace más de 20 años y de esa unión nacieron sus hijos RICHARD, MARIA ANGELICA, JOSE SAUL y JAIME BAHAMON GARCIA,

En el hogar así conformado siempre convivieron los padres con sus cuatro hijos y en él reinaba el amor, la armonía, la comprensión y el respeto y la ayuda mutua.

Antes de su reclutamiento, RICHARD BAHAMON desempeñaba diversos oficios y con sus ingresos ayudaba a su familia, en particular a su señora madre y su hermana María Angélica, ya que era joven, estaba soltero y sin hijos extramatrimoniales.

Su muerte trágica, conllevó para los demandantes dolor, tristeza y prácticamente irreparables perjuicios de orden moral, al verse privados de su compañía e igualmente de su afecto, amor y atención tanto espiritual como material.

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

" 2°.- En el año de 1987 el joven Richard Bahamón García, el mayor de los varones, fue reclutado por el Ejército Nacional para prestar su servicio militar obligatorio, habiendo sido destinado al Batallón " General Serviez " de la localidad de Apiay.

" El día 22 de diciembre de 1987 el soldado de dicha Unidad Militar, José Beltrán Catellanos, se encontraba de centinela en las habitaciones de los oficiales, con su fusil de dotación oficial, cargado y sin el respectivo seguro, disparándose en forma irresponsable, habiendo hecho impacto el proyectil en el pómulo derecho de su compañero, el también soldado Richard Bahamón García, quien falleció en forma instantánea.

" 3°.- El comando del Batallón " General Serviez" adelantó la respectiva investigación administrativa a raíz de la muerte violenta del joven Richard Bahamón García, levantando el Informativo Administrativo N° 074, el cual simplemente concluyó que al soldado Beltrán Castellanos sin darse cuenta se le disparó su fusil de dotación, haciendo impacto en el pómulo derecho del soldado Bahamón García, y que por consiguiente la muerte de este ocurrió simplemente en actividad.

" 4°.- La parte actora presume que simultáneamente el comando del Batallón " General Serviez ", en su condición de Juez Penal Militar de primera instancia haya iniciado la respectiva acción penal contra el soldado José Beltrán Castellanos por el delito de homicidio culposo en la persona del también soldado Richard Bahnamón García, cuyo resultado se desconoce". (fols. 9-10).

" 7°.- La muerte trágica del joven Richard Bahamón García se produjo por negligencia y omisión de funciones de los superiores del soldado José Beltrán Castellanos, al no instruírlo correctamente sobre el manejo de las armas de guerra, con violación de normas que prohíben a los miembros de las Fuerzas Militares portar sus armas de fuego cargadas y sin el seguro". (fol.10).

Los fundamentos de derecho de las pretensiones, están consignados en la demanda, folios 10 y 11 del proceso.

3.- Actuación procesal.-

Practicada la notificación del auto admisorio, las entidades constituyeron apoderado a fin de que las representara en el juicio y éste, contestó la demanda, propuso la excepción de ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales y la eximente de responsabilidad estatal de caso fortuito. También solicitó la

práctica de algunos medios de prueba, los que conjuntamente con los pedidos por la parte actora fueron decretados por auto de 23 de febrero de 1990 y se allegaron de manera regular y oportuna al proceso, salvo en lo referente a algunos de los atinentes al parentesco, que enseñaban defecto. (Fols. 21 a 26).

Vencido el término concedido para demostrar los supuestos de hecho fundamento de las pretensiones de cada una de las partes, se corrió traslado del proceso para que aquellas alegraran de conclusión; en ese estado de la actuación, los demandantes guardaron silencio

En cambio, las entidades demandadas, en el momento procesal oportuno, presentaron el memorial visible a los folios 99 a 101, solicitando que la controversia por ineptitud del libelo introductorio del proceso y en su lugar, exonerar de responsabilidad el Estado al reconocer que el suceso se debió a culpa personal del agente oficial, respecto de lo cual expresa " vale la pena aclarar que las consecuencias trágicas se desencadenaron por hechos puramente individuales imputables única y exclusivamente al agente".

La Fiscalía del Tribunal, en el concepto que rindió se adhiere a los planteamientos que en su defensa esgrimió la administración, motivo por el cual solicita declarar "probada la excepción propuesta de inepta demanda por carencia de los fundamentos de derecho de las pretensiones, y en consecuencia, profiera una sentencia inhibitoria" (Fols. 102 a 104).

4. La sentencia.-

El fallo recurrido, que obra a folios 112 a 127, el Tribunal se ocupa en primer término de resolver sobre la excepción formulada por las demandadas.

Con base en las propias inferencias que obtiene del ejercicio de su labor hermeneútica y con apoyo en la jurisprudencia de la Corporación que interpreta el alcance y contenido de la regla primera del Nral. 4° del artículo 137 del C.C.A., el *a-quo* deduce que en estas acciones de reparación directa no se hace necesaria la explicación del concepto de la violación de las normas invocadas como fundamento de derecho de las pretensiones y en consecuencia, rechaza la excepción de que se hizo mérito.

En el análisis de las pretensiones de la demanda, el Tribunal destaca que en el proceso no están acreditados fehacientemente los perjuicios reclamados, pues en su opinión no existe la prueba suficiente de parentesco de la víctima con sus padres y sus hermanos.

Advierte que los testimonios practicados " en forma muy ligera nos hablan del posible vínculo que existía entre los actores y la víctima desafortunada". Igualmente desestima la Escritura Pública en la cual el señor JAIME BAHAMON CORREA reconoció a éste como hijo suyo por tres razones fundamentales: la primera, que su facción se realizó post mortem; la segunda, que para reconocerle efectos

probatorios se requería y lógicamente ya no puede obtenerse que la persona reconocida acepte la declaración contenida en el documento en cuestión y; finalmente, que ese reconocimiento debió hacerse también por parte de la señora madre y no se cumplió.

Para el *a-quo,* esos requisitos que exige para esta situación particular y concreta, se hallan previsto en el artículo 239 del Código Civil y para reforzar su punto de vista, cita una jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de 27 de marzo de 1958; con razonamientos, concluye que la declaración hecha en aquel documento no es demostrativa del parentesco alegado por los reclamantes, dando paso a la decisión de negar las súplicas de la demanda.

Sin embargo, advierte, de manera oportuna, que pese a esa carencia de legitimación por parte activa " no quiere decir el Tribunal que no se ha causado un daño, puesto que él sí está acreditado y que la responsabilidad recae sobre la administración, lo que claramente ha de entenderse es que quienes concurren al proceso como demandantes no han demostrado el perjuicio directo ya sea material o moral que sufrieron con el fatal accidente, y que pretendiendo aducir ser padres y hermanos de la víctima, tampoco acreditaron las pruebas que condujeran a demostrar ese hecho".

5. Las alegaciones en la segunda instancia.-

Inconforme con el fallo adverso a sus intereses, la parte actora lo recurrió en apelación y sustentó su recurso solicitando su revocatoria y en su lugar, acoger las súplicas del libelo inicial del proceso.

Para el recurrente, los certificados civiles de nacimiento de MARIA ANGELICA, JOSE SAUL y YAMILE BAHAMON GARCIA demuestran que son hermanos carnales del occiso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 54 del C.C.

Para el recurrente, la Escritura Pública que menciona el fallo de primera instancia cumple con los requisitos exigidos a ese efecto por el Nral 2° del artículo 1° de la ley 75 de 1968 y en esas condiciones, resulta innecesario adelantar el trámite indicado a su vez en el artículo 239 del C.C. " puesto que era imposible la legitimación de la víctima, ya que sus padres nunca han contraído matrimonio y por consiguiente el causante no fue hijo legitimado, sino extramatrimonial reconocido".

Refiriéndose a los perjuicios de orden moral subjetivos, aduce la parte actora que para la doctrina y la jurisprudencia basta que se establezca el parentesco y la vida de hogar, ellos se presumen respecto de padres y hermanos; en el presente, afirman, deben reconocerse ya que con la prueba testifical está acreditado el afecto, el amor y las excelentes relaciones que existían en la familia.

En el curso de la segunda instancia y a fin de que fueran apreciados en el fallo, los demandantes allegaron fotocopia auténtica del Informe Administrativo Nro. 074 de 5 de enero de 1988, que levantó el Ejército Nacional sobre los hechos y el

Registro Civil de nacimiento de la víctima, de María Angélica Bahamón y de María Melva García Piñeros, estos con las correspondientes anotaciones marginales sobre complementación y corrección de los registros inicialmente traídos al proceso, por todo lo cual, se ordenó su incorporación al expediente (Fol. 174).

Las demandadas, se abstuvieron de presentar alegatos de conclusión en la oportunidad procesal que se les concedió para ese efecto en la segunda instancia; la parte actora, presentó el escrito de folios 151 a 156, en el que reitera su solicitud de revocatoria del fallo proferido por el *a-quo* y a cambio, pide acoger sus pretensiones, probados como están los presupuestos de la falla del servicio y los perjuicios generados en forma directa y la relación de causalidad por aquella falla.

6. El concepto fiscal.-

La Fiscalía Décima del Consejo de Estado comparte en su integridad el análisis y las conclusiones consignadas en la sentencia recurrida y por esa razón, opina que se debe confirmar en todas sus partes.

Con esa orientación, disiente del criterio de las demandadas y prohíja el criterio del Tribunal de que en estas acciones de reparación directa no es preciso explicar el concepto de la violación de las disposiciones legales enunciadas en el libelo demandatorio, o sea que fue correcta la decisión de rechazar la excepción propuesta por aquellas.

Para la Vista Fiscal, en realidad los demandantes no acreditaron el parentesco aducido para obrar en este juicio; llega a esa conclusión con apoyo en los artículos 4° de la Ley 75 de 1968 y 239 del C.C., a los que agrega la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia referente a la legitimación de los hijos habidos en la pareja antes de que celebran el vínculo matrimonial.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero advertir, que para la Sala el ordinal SEGUNDO del fallo objeto del recurso no debe confirmarse y será revocado, por las razones que se expresan a continuación:

1. Pese a que el fallador de primera instancia de la interpretación y entendimiento que hizo de las pruebas recogidas en el proceso, concluye que se ha causado un daño y no existe ninguna causal de justificación, y que la responsabilidad por ese hecho recaería sobre la Nación Colombiana - Ministerio de Defensa Nacional, concluye absolviendo por falta de legitimación por activa.

En el *sub-lite,* la realidad documental en el acervo probatorio permite deducir válidamente que están reunidos los supuestos de hecho que comprometen la responsabilidad patrimonial extracontractual del ente público. Sin duda, en cuanto respecta al régimen de responsabilidad aplicable en estos casos, conforme a la reiterada jurisprudencia de la Corporación, la manera como ocurrieron los hechos

tipifican la llamada culpa presunta por cuanto el hecho dañoso tuvo vigencia con un elemento de suyo peligroso.

La víctima ingresó a filas en buen estado de salud y fue muerto por fuera de los riesgos normales propios de la instrucción propia del servicio militar., ó sea al ocurrir un siniestro de los que eventualmente pueden generarse en el ámbito de la carga excepcional que expone a los conscriptos a perjuicios normales.

2. De manera concreta, el hecho perjudicial lo causó un agente del Estado, que se hallaba prestando el servicio y con su fusil de dotación oficial, según la constancia dejada en el Informativo Administrativo por Muerte, N° 074 de 4 de enero de 1968, rendido por el comandante del Batallón escenario de la calamidad, que dice:

> " El día 22-DIC-87, siendo las 11:30 horas, cuando se encontraba como centinela de la piezas de los oficiales del Batallón Serviez el SL. BELTRAN CASTELLANOS JOSE, Código 8715742, se le disparó su fusil de dotación haciendo impacto en el pómulo derecho del SL BAHAMON GARCIA RICHARD, Código 8733271, quien murió en forma instantánea, dicho Soldado se encontraba sentado en una silla frente al SL BELTRAN CASTELLANOS, quien sin darse cuenta se le disparó el arma en forma accidental y le causó la muerte a su compañero BAHAMON GARCIA RICHARD.
>
> " De acuerdo con el Artículo 8° del Decreto 2728 de 1968, la muerte del SL BAHAMON GARCIA RICHARD, ocurrió simplemente en actividad".

En tales condiciones, esa muerte fue el resultado directo y necesario del riesgo excepcional creado por ese servicio militar. La responsabilidad de la administración en el siniestro, se reconoce sin eximientes ya que ésta no demostró que su agente o sus superiores hubieran obrado con prudencia, diligencia y cuidado en el manejo de esos instrumentos extremadamente peligrosos como son las armas oficiales y tampoco que ese óbito se hubiera producido por efecto de fuerza mayor, el hecho de un tercero o por la culpa exclusiva de la víctima.

3. En lo concerniente a la prueba de los perjuicios que echó de menos el Tribunal, la Sala encuentra que con las que se incorporan al proceso en esta segunda instancia quedaron despejadas las dudas que pudieron existir en esa materia.

Pero no fue acertada la aplicación que hizo el *a-quo* del artículo 239 del C.C. así como de la jurisprudencia que interpreta el alcance y contenido de esa disposición, pues ellos son pertinentes a la legitimación de los hijos de la pareja que ha contraído nupcias con posterioridad al nacimiento de aquellos y en el presente, como lo aclaró la parte actora desde la demanda, se trata del reconocimiento de un hijo extramatrimonial, sin que exista matrimonio de sus progenitores.

La prueba documentada en el proceso, acredita en legal forma los siguientes aspectos:

a. Que RICHARD BAHAMON GARCIA, es hijo extramatrimonial de JAIME BAHAMON CORREA y MARIA ELIZABETH GARCIA PIÑEROS (Fols. 140 y 141 - 86 y 87), por declaración judicial hecha por el juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Villavicencio. (Fols. 16-173).0

b. Aquel es hermano carnal de los demás demandantes, MARIA ANGELICA, JOSE SAUL y YAMILE BAHAMON GARCIA (FLS. 142, 4 Y 5).

c. Su fallecimiento ocurrió el 22 de diciembre de 1987, a consecuencia de herida craneoencefálica causada por el proyectil de arma de fuego, que le produjo severa laceración cerebral (Fol 6).

d. Al agente autor de los hechos por esa causa se le siguió proceso penal y fue condenado por el delito de homicidio culposo, concediéndose el beneficio de condena condicional. (Fls. 51 a 65).

e. La prueba testimonial recaudada (fls. 90 a 95) ilustra suficientemente sobre las circunstancias familiares que rodeaban las relaciones de los demandantes con el acciso y permite deducir que existieron estrechos lazos de convivencia permanente, familiaridad, ayuda, afecto y colaboración; por ese medio, también se demuestra que antes de ser llamado a prestar el servicio militar obligatorio el occiso trabajaba, laboraba y obtenía ingresos económicos que destinaba una parte a satisfacer sus propias necesidades y con el resto contribuída al sostenimiento tanto de su progenitora como de su hermana MARIA ANGELICA BAHAMON. En tales condiciones, es lógico concluir que esa muerte les produjera dolor y aflicción, así como a éstas dos últimas perjuicios directos de orden económico al perder toda posibilidad de volver a recibir su apoyo en tal sentido. Los ingresos que aquel percibían por su trabajo no se lograron establecer con exactitud.

Definido lo anterior, hay lugar a condenar a la parte demandada a pagar a la parte actora la indemnización que corresponde por los daños y perjuicios que se le causaron. En efecto:

A.- Los demandantes por virtud de la relación filial y fraternal que mantenían con la víctima tienen derecho, conforme al criterio reiterado de la Sala, al reconocimiento de los perjuicios morales, en la cuantía que reclaman, pues se ajusta a las orientaciones que se siguen para estos casos.

En consecuencia, LA NACION COLOMBIANA - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL deberá pagar a JAIME BAHAMON CORREA y a MARIA ELIZABETH GARCIA PIÑERON, padre y madre del occiso, el equivalente en pesos colombianos a mil gramos de oro fino para cada uno; a sus hermanos, afectados moralmente, pero presumiblemente en menor intensidad que aquellos, se les reconoce como indemnización por perjuicios morales el equivalente en pesos colombianos a 500 gramos de oro fino, para cada uno de ellos.

Para la liquidación de los perjuicios morales, el precio nacional del gramo de oro será el vigente para cuando cobre ejecutoria este fallo, es decir, el valor interno que certifique el Banco de la República para entonces, con relación a cada uno de los beneficiados con ese reconocimiento. A tal efecto, la parte actora allegará con la cuenta de cobro respectiva, la citada certificación.

B.- En cuanto a los perjuicios materiales, siguiendo las orientaciones de la Corporación y en consonancia con lo pedido en la demanda, se reconocerán en favor de la madre de la víctima y su hermana María Angélica Bahamón quienes dependían económicamente del occiso y hasta la época en que este hubiere llegado a los 25 años.

En relación con su estimación, la jurisprudencia el Consejo de Estado ha venido sosteniendo que en procesos de esta naturaleza no es legalmente posible hacer la condena al pago de los perjuicios materiales con apoyo en el artículo 107 del Código Penal, cuya preceptiva es la que precisamente invoca a ese efecto la parte actora; en ese aspecto, la Sala se remite a lo dicho en el fallo proferido en el expediente N° 3360, Actor: Plutarco López, en el que fue Consejero Ponente el doctor Carlos Betancur Jaramillo. Para determinar el monto de esta condena, se seguirán las siguientes pautas:

1. La renta histórica no se actualizará, porque no se solicitó hacerlo en la demanda.

2. Los perjuicios materiales, que se reconocen a favor únicamente de María Elizabeth García Piñeros y de María Angélica Bahamón, se extenderán hasta la fecha en que la víctima cumpliría 25 años de edad, época en que se presume que una persona normalmente adquiere su propio estado y organiza su vida familiar independiente.

3. Establecida como está la actividad laboral de la persona fallecida, pero no el monto de lo que devengaba, estos ingresos se calcularán para efecto de esta liquidación con base en el salario mínimo legal vigente para el 8 de enero de 1989, fecha en la cual terminaría su servicio militar obligatorio, permitiéndole reintegrarse a su actividad económicamente productiva. (Ley 37 de 1978, artículo 3°.).

El salario mínimo legal para 1989, de acuerdo con el Decreto N° 2662 de 1988, fue de $32.559.60 pesos mensuales, de los cuales, se descuenta un 25% ($8.139.90), que se presume era lo que destinaría el occiso para su propia subsistencia; el 75% restante ($24.419.70) se distribuye entre las dos beneficiarias, a cada una le corresponde al 50%, es decir $12.209.85.

4. El período de la indemnización debida se calcula entre enero 8 de 1989, cuando concluiría su servicio militar obligatorio y el 21 de mayo de 1992, fecha de esta sentencia. Este término es de 39.97 meses. Para liquidarlo, se aplica la siguiente fórmula:

$$S = R \frac{(1+i)^{n} - 1}{i}$$; Donde "S" es la suma que se busca en caso caso; "R" la renta histórica de $12.209.85 de cada una de las dos beneficiadas; " i " el interés técnico mensual (0.004867) y " n" el número de meses a indemnizar (39.97).

$$S = 12.209.85 \frac{(1+0.004867)^{39.97} - 1}{0.004867}$$

S= $ 537.293 para cada una.

5. La indemnización futura comprende el período que va siguiente al de la sentencia (22 de mayode 1992) hasta la fecha en que la víctima cumpliría 25 años de edad, ó sea, el 10 de diciembre de 1993 (19.1 meses).

Para calcularla, se utiliza la siguiente fórmula:

$$S = 12.209.85 \frac{(1+0.004867)^{19.1} - 1}{0.04867\,(1+0.004867)^{19.1}}$$

S= $222.181 para cada una.

En resumen la liquidación por perjuicios materiales quedará así:

Para MARIA ELIZABETH GARCIA $760.174.oo

Para MARIA ANGELICA BAHAMON $ 760.174.oo

Las sumas anteriores, devengarán intereses comerciales en los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia y moratorios de ahí en adelante.

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, en desacuerdo con la fiscalía,

F A L L A :

PRIMERO.- REVOCASE el ordinal SEGUNDO de la sentencia apelada, o sea la de 11 de diciembre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta.

SEGUNDO.- DECLARASE a la NACION COLOMBIANA - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL administrativa y patrimonialmente responsable por la muerte del joven RICHARD BAHAMON GARCIA, ocurrida el 22 de diciembre de 1987, en el Batallón el Ejército Nacional del Municipio de Apiay, Departamento del Meta.

TERCERO.- Como consecuencia de la declaración de responsabilidad, se condena a la NACION COLOMBIANA - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL a pagar a los demandantes por concepto de indemnización de los perjuicios morales y materiales que se les causó, los siguientes valores:

a).- POR PERJUICIOS MORALES: a JAIME BAHAMON CORREA y a MARIA ELIZABETH GARCIA PIÑEROS ó a quien sus derechos represente, el equivalente en pesos colombianos a 1000 gramos de oro fino, para cada uno de ellos.

b).- POR PERJUICIOS MORALES: a MARIA ANGELICA BAHAMON GARCIA, JOSE SAUL BAHAMON GARCIA y YAMILE BAHAMON GARCIA, ó a quien sus derechos represente, el equivalente en pesos colombianos a 500 gramos de oro fino, para cada uno de ellos.

El precio del metal en el caso de los dos ordinales anteriores, será el interno, que certifique el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de esta sentencia, certificación que se allegará con las correspondientes cuentas de cobro.

c).- POR PERJUICIOS MATERIALES: a MARIA ELIZABETH GARCIA PIÑEROS y a MARIA ANGELICA BAHAMON GARCIA, ó a quien sus derechos represente, la suma de SETECIENTOS SESENTA MIL CIENTO SETENTA Y CUATRO PESOS ($760.174.oo) MONEDA CORRIENTE, para cada una de ellas.

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

CUARTO: DENIEGASE las demás súplicas de la demanda.

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

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Esta sentencia fue estudiado y aprobada por la Sala en sesión de fecha 21 de mayo de 1992. Expediente No. 6560 Actor: Jaime Bahamon y otros.

Daniel Suarez Hernandez, Presidente de la Sala, *Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernandez, Julio Cesar Uribe Acosta,*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS/ INTERES/ MORA-Improcedencia/ **LUCRO CESANTE**

Los intereses se reconocen a título de lucro cesante y no como moratorios, desde la ocurrencia del perjuicio. La exigencia de la prueba en mora (artículo 1615 del C.C.) no tiene operancia en el campo de la responsabilidad extracontractual. El mismo artículo citado, en su parte final resuelve de una vez por todas la controversia, ya que cuando la obligación es de no hacer se deben los perjuicios no desde la constitución en mora sino desde el momento de la contravención. Y nadie puede desconocer que quien causa daño a otra persona con sus hechos u omisiones está violando precisamente aquel principio general de no hacer daño a nadie, conocido en la doctrina tradicional como *nenimen laedere*

RESPONSABILIDAD POR ALMACENAJE/ RESPONSABILIDAD OBJETIVA/ OBLIGACION DE RESULTADO/ HECHO DEL TERCERO-Improcedencia

La responsabilidad de la entidad pública por la pérdida de mercancía depositada en sus bodegas con fines oficiales (nacionalización, importación, exportación, etc.), es de carácter objetivo (artículo 2° del Decreto 630 de 1946). De manera que se constata su pérdida o deterioro la administración debera indemnizar a la persona que sea titular de derechos sobre la misma. Es la misma ley la que señala los motivos de exculpación como únicos; el hecho el tercero (el hurto de la mercancía) no está incluido en estas causales, porque precisamente la obligación de custodiarla es obligación de resultado, hasta cuando culmine la gestación oficial propia.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Adinistrativo.-Sección Tercera.- Santafé de Bogotá D.C., mayo veintidos (22) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente Nº 6967.- Consulta.- ; Actor: Sociedad importadora DIESEL de Colombia Ltda.

Conoce la sala en grado de consulta la sentencia de 4 de julio e 1991, dictada por el tribunal administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se dispuso:

" 1.- Declárase a la nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, responsable de los perjuicios sufridos por la Sociedad Importadora Diesel de Colombia Ltda, con motivo de la sustracción de repuestos de bodega de la Aduana Nacional.

" 2.- Condénase en concreto a la citada entidad a pagar al demandante la cantidad fijada en la parte motiva de esta providencia.

" 3.- Deniégase las demás súplicas.

" 4.- Dese cumplimiento a los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

" 5.- Las cantidades líquidas reconocidas en esta sentencia devengarán intereses comerciales durante los seis meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de este término.

" 6.- Si no fuese apelada esta sentencia consúltese. "

En la demanda de 10 de febrero de 1986 se narraron los siguientes hechos, según la síntesis hecha por la fiscalía:

" 1.- La Sociedad Importadora Diesel de Colombia Ltda. " Indicol Ltda. obtuvo aprobación del Incomex con el registro de importación Nº 022690 de marzo 18 de 1985, para traer al país repuestos para vehículos automotores por la cantidad de US$ 13.214.80.

" 2.- La Sociedad Gerson Internacional Corp. de Indiana EE.UU. despachó la mercancía por vía aérea en cantidad de US$ 12.775.56, elementos que ingresaron a la bodega Italia de Bogotá, bajo custodia de la Administración de la Aduana Interior de Bogotá.

" 3.- La Sociedad demandante entregó los documentos pertinentes al señor Luis Felipe Castro G; para gestionar la nacionalización de la mercancía indicada en la licencia de importación.

" 4.- El señor Castro Garzón, hizo la presentación de los documentos pertinentes para la nacionalización, acompañando los recibos de pago de impuestos junto con el manifiesto de importación radicado bajo el Nº 26521 el 2 de septiembre de 1985.

" 5.- El día 3 de octubre de 1985, la Sociedad demandante fue enterada, que la mercancía había sido entregada por aduana a persona diferente al señor Castro Garzón, desapareciendo los documentos por él entregados.

"6.- El señor Jesús Villota almacenista de la bodega le informó al representante de la Sociedad Importadora Diesel de Colombia " Indicol Ltda " que el 4 de septiembre de 1985 se había entregado la mercancía a un sujeto que dijo llamarse José Ignacio Jiménez y por el liquidador Hernando Beltrán Ospina; que la documentación presentada se había perdido de su oficina y por estos hechos el representante de la Sociedad demandante formuló denuncia de carácter penal que se adelanta en el Juzgado 2° de Instrucción Penal Aduanero, radicado en Bogotá."

Las partes estuvieron de acuerdo con lo decidido; pero como había impuesto condena en contra de la entidad pública demandada, vino a esta corporación en grado de consulta.

Cumplido el trámite de rigor, es oportuno entrar a decidir. Para ello se considera:
Para la sala la sentencia merece ser confirmada, ya que el análisis probatorio y sustancial de la causa no merece reparos.

La sociedad autora importó al país repuestos de automotores (ver registro de importación N° G 131671 - al folio 14) factura proforma al folio 17); la mercancía ingresó vía aérea - - - (N° 53484, al folio 19); se nacionalizó con el manifiesto S.A. N° 2010 858-26521; y que esa mercancía fue sustraída de la aduana (ver declaración de Hernando Beltrán Ospina, Francisco Bohórquez y Luis Felipe Castro folios 14 y siguientes c. n° 2), ya que se entregó a un tercero que no tenía nada que ver con la importadora.

Así mismo se estableció adecuadamente el valor de la mercancía importada con el pago que se hizo a la constructora Geson International Corp. La responsabilidad de la entidad Pública por la perdida de mercancía depositada en sus bodegas con fines oficiales (nacionalización, importación, exportación etc, etc), es de carácter objetivo (artículo 2 decreto 630 de 1946). De tal manera que constatada su pérdida o deterioro, la administración deberá indemnizar a la persona que sea titular de derechos sobre la misma. Es la misma ley la que señala los motivos de exculpación como únicos, motivos que no se demostraron en parte alguna y que ni siquiera se alegraron. Así, no se dió la fuerza mayor, el deterioro natural, el empaque defectuoso o inadecuado. El hecho tercero (el hurto de la mercancía) no está incluído en estas causales, por que precisamente la obligación de custodiarla es obligación de resultado, hasta tanto culmine la gestión oficial propia.

Sobre esto tampoco existe reparo, máxime cuando el asunto se conoce el grado de consulta. Así, la sala comparte el valor de la indemnización señalado por el tribunal, como su orden de indexación en la forma aceptada por la jurisprudencia. Valor que se deduce de los distintos documentos que obran en el expediente, se

corrobora con la certificación bancaria (Banco popular) sobre utilización de carta de crédito por $2.692.470.21, con lo que el importador garantizó el pago de las mercancías a la firma constructora Geson Internacional Corp.

Estima la sala que en casos como el aquí estudiado la liquidación debe hacerse en el fallo y la precisión de la suma debe incluírse en su parte resolutiva.

Aunque lo ortodoxo es que los índices de precios figuren dentro del proceso, nada le impide que si tienen a la mano los boletines oficiales del Dane o del Banco de la República, se apliquen, como hechos notorios que son. En este sentido los índices finales para la aplicación de la fórmula de actualización para suma única (caso concreto), o sea

$$vp = vh \frac{\text{ind. f.}}{\text{ind. i}}$$

podrán ser los últimos expedidos por el organismo oficial competente.

En este orden de ideas la indemnización que deberá figurar en el ordinal segundo del fallo consultado es de $11'076.635.58 según este desarrollo:

$$vp = 2692.470.21 \text{ X } \frac{238.32}{57.93}$$

$$vp = 2.692.470.21 \text{ X } 4{,}113930601$$

$$vp = 11'076.635.58$$

Frente a la pretensión por intereses, nada podrá decirse en esta oportunidad, porque el tribunal los denegó y la parte actora no apeló de este extremo. Además, dado el grado de consulta que aquí se define, tampoco podrá considerarse porque se haría mas gravosa la condena para la administración.

Se observa sí que las razones de la negativa dadas por el *a-quo* no son valederas. Aquí no se aplica el artículo 1617 del c.c. que exige para el reconocimiento de dichos intereses la puesta en mora del deudor. La jurisprdencia de la corporación es reiterada en el sentido de que los inteses se reconocen a título de lucro cesante y no como moratorios, desde la ocurrencia del perjuicio. También ha dicho la doctrina que la exigencia de la puesta en mora (artículo 1615 del c.c) no tiene operancia en el campo de la responsabilidad extracontractual.

A este respecto el profesor Cammarota observa: El daño es la manifestación inmediata del hecho ilícito; sin él, no existe (artículo 1067 del c.c. argentino). En este sentido, el damnificado no tiene que formular ningún requerimiento al reponsable del hecho, pues la prueba de la imputabilidad, asociada a la del perjuicio y a la del vínculo causal, acreditará su derecho a la prestación, que en definitiva depende del juez a quien la ley delega la determinación del monto (artículo 1083)."

" En materia de hechos ilícitos la mora se produce de pleno derecho; el deber de indenmizar lo impone la ley y el reponsable no tiene necesidad de que se le haga saber que su hecho originó un perjuicio, ya que se le presume, pues sólo él puede configurarlo en cuanto constituye uno de los requisitos esenciales para su existencia."

" Se encuentra en mora desde ese preciso momento, independientemente de la demanda, que sólo tiende a hacer efectiva la indemnización. Acaso con ella el damnificado no reafirma lo que la ley le acuerda? (Cammarota Antonio Tratado de la Responsabilidad Extracontractual. De Palma, tomo 2° pág. 432).

Para colmo, " no hay textos legales expresos que obliguen a constituír previamente en mora al autor del cuasidelito. El régimen jurídico es, al respecto, distinto en la culpa contractual que en la aquiliana." (Colombo Leonardo A. Culpa Aquiliana- Cuasidelitos- La Ley 1944, pág 823).

Por su lado los hermanos Mazeaud, al interpretar el art. 1146, similar como se dijo al 1615 de nuestro estatuto civil, afirman: " No se trata, en efecto, de un texto general aplicable a todas las acciones de responsabilidad solo se aplica en forma limitada en matería de responsabilidad contractual y es inaplicable a la responsabilidad delictuosa (Maneaud H. y León. Compendio del tratado de la Responsabilidad Civil, Colmex, México, Tomo II, pág. 329). Más adelante escriben: " La constitución en mora no tiene efectos en materia de responsabilidad delictuosa. El autor de una culpa delictuosa tiene que reparar la totalidad del perjuicio y mal puede pretender que se exonere del perjuicio anterior a una constitución en mora. Todo el mundo está de acuerdo en descartar del dominio delictuoso la constitución en mora. La solución nunca ha sido dudosa en el campo de la doctrina y la jurisprudencia, a pesar de ciertas vacilaciones, se pronuncia por lo general en el mismo sentido" (Mazeaus H. y León O.C pág. 344).

Fuera de lo anterior, el mismo artículo 1615 que sigue idéntica linea doctrinaria, en su parte final resuelve de una vez por todas la controversia, ya que cuando la obligación es de no hacer se deben los perjuicios no desde la constitución en mora sino desde el momento de la contravención. Y nadie puede desconocer que quien causa daño a otra persona con sus hechos u omisiones está violando precisamente aquel principio general de no hacer daño a nadie, conocido en la doctrina como *neminen laedere.*

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,

F A L L A :

Confírmase la sentencia de 4 de julio de 1991 dictada por el tribunal administrativo de Cundinamarca, con la modificación en su ordinal segundo, el que quedará así:

2º Condénase en concreto a la citada entidad a pagar a la demandante, Sociedad Importadora Diesel de Colombia Ltda, la suma de ONCE MILLONES SETENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS CON CINCUENTA Y OCHO CENTAVOS ($11'076.635.58).

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE

Esta providencia fue aprobada por la sala en su sesión celebrada el dia 21 de mayo de 1992.

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

Ruth Sella Correa Palacio, Secretaria.

DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA-Afectación/ **EXTINCION DEL DOMINIO/ CARGA DE LA PRUEBA**

La exitinción del dominio es un límite exógeno que sufre el ejercicio del derecho de propiedad. Si el interesado se niega o rehusa asumir la explotación del bien y lo abandona durante tres años contínuos posteriores al 29 de marzo de 1973 (vigencia de la Ley 4 de 1973) o anteriores a la inspección ocular del trámite administrativo, en esas circunstancias se configuran las causales para que en cumplimiento de expresos mandatos legales se declare extinguido el dominio. La adecuada explotación de un predio solo se acredita a través de los medios de prueba que la normatividad agraria denomina principales y complementarios, en este proceso de revisión, la demandante se circunscribió a la inspección judicial y al dictamen de los peritos y omitió acudir a los medios complementarios. Las pruebas del Incora revelan abandono de la zona comprendida con la extinción del dominio.

DEMANDA-Requisitos/ **FUNDAMENTOS DE DERECHO/ JURISDICCION ROGADA/ IURA NOVIT CURIA**-Improcedencia/ **PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL**

En las acciones en que se impugna actos administrativos con miras a deprecar la nulidad de éstos, se impone como carga procesal que se indiquen de manera precisa las disposiciones que se estiman infringidas y se explique el concepto de violación; pues el acto administrativo es creado de manera unilateral por la administración, con el fin de imponer situaciones jurídicas cuya eficacia se apoya en la presunción *juris tantum* de que están conformes con el ordenamiento jurídico. Corresponde al actor desvirtuar esta presunción por medio de una explicación lógico-jurídica. Esto es lo que constituye el principio de la rogación. Al juez administrativo no le es dado en este contencioso de anulación regirse por el principio de la *jura novit curia.* Se reconoce, sin embargo, la prevalencia del derecho sustancial para resolver de mérito.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Tercera.- Santafé de Bogotá D.C., veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y dos.

Consejero ponente *Dr. Juan de Dios Montes Hernández*

Referencia: Expediente N° 3016; Actor: Isabel Guerrero de Porras.

Agotado el trámite procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie lo actuado, procede la Sala a decidir el proceso de la referencia, iniciado en virtud de demanda presentada en oportunidad y con el lleno de los requisitos legales exigidos.

El presente expediente fue destruído en los trágicos hechos acaecidos en el Palacio de Justicia en el año de 1985 y hubo de ser reconstruído, de conformidad con las disposiciones legales que se dictaron entonces con ese fin.

I- ANTECEDENTES PROCESALES

1.- ***La demanda.*** La señora Isabel Guerrero de Porras, mediante apoderado regularmente constituido y en ejercicio de la acción de revisión consagrada en los artículos 8° de la Ley 200 de 1936 y 23 de la Ley 135 de 1961, demandó al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -INCORA-, buscando satisfacer las siguientes pretensiones:

1.- Que se revise el acto administrativo, - u operación administrativa, - contenido en la resolución número 548 de junio 4 de 1976, emanada de la Gerencia Regional del Incora, proyecto Norte de Santander; la resolución N° 03677 de 10 de octubre de 1979 dictada por el Gerente del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria; la resolución número 0124 de 10 de octubre de 1979, por medio de la cual la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria aprobó la resolución número 3677 del 10 de octubre de 1979; la Resolución N° 1619 del 7 de mayo de 1980 emanada del Gerente General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria; la resolución número 033 de 7 de mayo de 1980 emanada de la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, y en su lugar se establezca por medio de sentencia que haga tránsito a cosa juzgada, que no hay lugar a la extinción del derecho de dominio privada, sobre una parte del predio rural denominado Caño León, en jurisdicción del Municipio de Cúcuta, departamento de Norte de Santander.

" .....

" 2. Que como consecuencia de la anterior petición se ordene la cancelación del registro de la resolución número 0548 de junio 4 de 1976, proferida por la Gerencia Regional del Incora proyecto Norte de Santander, efectuado el 10 de junio de 1976, libro 1, tomo 2B, partida 824 matrícula 17.300 de Cúcuta de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

" En estudio solicito;

" a. Que por medio de providencia que haga tránsito a cosa juzgada se decrete la nulidad del acto complejo contenido en las resoluciones sañaladas en el *petitum* primero de esta demanda " (folios 2 a 4 C. 1).

Los hechos constitutivos de la causa *petendi*, los narra así la demandante:

" 1.- Con fecha 4 de junio de 1976 el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria dictó la Resolución N° 000548 por la cual se ordenó iniciar las correspondientes diligencias administrativas de extinción del derecho de dominio privado sobre el inmueble rural denominado Caño León ubicado en el Corregimiento Banco de Arena, Municipio de Cúcuta, Departamento Norte de Santander. La notificación de la referida resolución se surtió ante el Cónsul General de Colombia en Caracas, (folio 54 del expediente), el 6 de julio de 1977, pero en ella no se le previno a propósito del recurso que podía interponer contra la misma.

" 2. Por medio de la Resolución número 03677 de 10 de octubre de 1979 el Gerente General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, resolvió declarar que se ha extinguido a favor de la nación el derecho de dominio privado, sobre parte del predio rural denominado Caño León, ubicado en jurisdicción del Municipio de Cúcuta, Departamento de Norte de Santander; y al efecto en el parágrafo primero del artículo primero de la Resolución referida alinderó el lote 16, y el lote 19, materia de la extinción del derecho de dominio, el cual delimité por su cabida y linderos en el petitum primero de esta demanda.

" 3. Por medio de la Resolución N° 0124 de 10 de octubre de 1979 la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y con el voto indelegable del señor Ministro de Agricultura resolvió aprobar la Resolución número 3677 de fecha de octubre 10 de 1979 emanada de la Gerencia General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, mediante la cual se declara que se ha extinguido a favor de la nación, el derecho de dominio privado sobre una parte del predio rural denominado Caño León ubicado en jurisdicción del Municipio de Cúcuta, Departamento de Norte de Santander.

" 4. Por medio de la Resolución número 01619 de 7 de mayo de 1980 el Gerente General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria resolvió no reponer la resolución 03677 del 10 de octubre de 1979 aprobada por la número 0124 de la misma fecha, resoluciones, mediante las cuales se declaró extinguido a favor de la Nación, el derecho de dominio privado sobre una parte del predio rural denominado Caño León, ubicado en jurisdicción del Municipio de Cúcuta, Departamento de Norte de Santander.

" 5. Por medio de la Resolición N° 033 de 7 de mayo de 1980 la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria aprobó con el voto favorable

e indelegable del señor Ministro de Agricultura la Resolución número 1619 de 7 de mayo de 1980. En estas condiciones se agotó la vía gubernativa..." (folios 4 y 5 C. 1).

Estimó que en el trámite de la extinción del dominio y por los actos que lo culminaron fueron violadas " las Leyes 200 de 1936, 135 de 1961 y 4ª de 1973 y además, los Decretos Reglamentarios 059 de 1938 y 1577 de 1974".

En apoyo de esa aserción, la demandante dice que para desarrollar el principio Constitucional de la función social de la propiedad, previsto en el artículo 30 de la Carta que nos rigió hasta 1991, primero la Ley 200 de 1936 y después la Ley 4ª de 1973, preceptuaron que por falta de explotación económica el derecho de dominio de los predios rurales revierte al patrimonio del Estado, previa declaración que haga en ese sentido el Incora. Luego afirma:

" Pues bien ninguno de estos presupuestos típicos se hayan (sic) enmarcado dentro de los presupuestos de hecho en el caso del inmueble Caño León de propiedad de doña Isabel Guerrero de Porras, por cuanto que, la administración de fundo la viene ejerciendo desde mucho antes de su adquisición ... la sociedad denominada Pacolandia Ltda."

" En los procesos por extinción del dominio del predio Buenos Aires y del fundo Buena Vista, administrados también por la Sociedad denominada Ganadería Pacolandia Ltda., pudieron establecer quienes practicaron la inspección ocular que también el inmueble Caño León es administrado por esta sociedad familiar y por tanto se encuentran explotado económicamente como los fundos mencionados atrás que no se hicieron acreedores a la resolución de extinción del dominio, por ello más adelante habré de solicitar que se ordene el decreto de prueba trasladada".

Con el propósito, de hacer desaparecer la coincidencia entre el hecho previsto en las normas sobre la procedencia de la extinción del dominio con relación a la situación fáctica recogida del examen directo de los inmuebles, más adelante destaca:

" Por ello no fue objeto de la declaración de extinción del dominio privado una superficie de 141.41 Has, por cuanto Incora encontró explotada esa zona de conformidad con las exigencias legales, pero pasó por alto en su diligencia de alindación de zonas la parte relativa al lote 16 y al lote 19 dedicado a la ganadería como si allí no existieran cercas, pastos artificiales y demás implementos necesarios para la actividad ganadera."

Ahora, en lo concerniente a su pretensión subsidiaria, la demandante sostiene que en la diligencia de notificación de la Resolución inicial del procedimiento administrativo se vulneraron en forma directa los artículos 11, parágrafo 2° y 12 del Decreto 2733 de 1959, por cuanto no se le indició que contra esa providencia se podía recurrir en reposición; esa circunstancia, en su criterio, hace nula la notificación

practicada y la actuación subsiguiente que culminó con los actos administrativos demandados.

Su alegato en el punto en cuestión, concluye destacando que la doctrina y la jurisprudencia que aplica la Corporación, consideran de manera uniforme que la falta de señalamiento de los recursos que proceden contra actos de esa naturaleza, genera en el proceso de extinción del dominio la ineficacia de los efectos de éste, es decir, que le son inoponibles al interesado.

2. Los alegatos de conclusión. Practicadas las pruebas que fueron pedidas por las partes, a las que se hará mención más adelante, se les convocó lo mismo que al Ministerio Público para que presentaran sus alegatos y vista de conclusión. La parte actora guardó silencio.

El apoderado judicial de Incora, en su escrito, luego de historiar los antecedentes administrativos y de explicar los fundamentos legales que tuvo en cuenta la administración para dictar las providencias acusadas, solicita al Consejo de Estado inhibirse para decidir de fondo con apoyo en las excepciones que formula quien la califica así: Ineptitud del libelo inicial por falta de los requisitos formales y de caducidad de la acción. No obstante, reconoce que con fundamento en los mismos motivos recurrió el auto admisorio de la demanda, obviamente con resultados adversos, ya que se le dio curso con proveído de fecha abril 9 de 1981 (fl.36).

Para el caso de que la decisión sea de mérito, pide que se denieguen las pretensiones y sobre ese particular, expone sus razones a folios 178 y 179.

3.- El concepto Fiscal. La Doctora Edne Cohen Daza, Fiscal Segunda de la Corporación, rindió su concepto sosteniendo que las excepciones propuestas por el Incora no están llamadas a prosperar y que se deben negar las súplicas de la demanda, porque no se acreditó en la actuación que se revisa la violación de las leyes y decretos que se indican en la demanda.

Sus conclusiones, están precedidas del siguiente análisis:

" Para declarar la nulidad de las resoluciones de extinción de dominio era necesario que el demandante demostrara la ilegalidad de los actos, es decir que fueron proferidos contrariando la realidad de los hechos o con equivocada aplicación de las normas que rigen el procedimiento de extinción del dominio privado. Sin embargo el demandante no logró desvirtuar en el presente caso, los hechos que motivaron el pronunciamiento. En efecto, en el curso de la reconstrucción del proceso solamente se practicó una diligencia judicial en razón a que la copia de la diligencia practicada con anterioridad, se quemó en el Palacio de Justicia; de ahí pues que la diligencia se practicó en el mes de octubre de 1987 (fl. 120 C-1), o sea 10 años después de la diligencia practicada por el INCORA, lo que impidió, como es natural, determinar con exactitud que el fundo había sido explotado económicamente por el año 1977.

" El artículo 13 de la Ley 4ª de 1974 establece que, si de la inspección ocular y del dictamen pericial se deduce que la explotación es posterior a la fecha de la diligencia de la inspección ocular que se practicó de cuerdo con el artículo 24 de la Ley 135 de 1961, el Consejo de Estado no podrá tenerla en cuenta para efectos de decidir sobre la revisión del acto administrativo.

" De la diligencia de inspección ocular practicada en 1987, así como del dictamen de los señores peritos (fls. 125 y 55 C-1) no puede deducirse la explotación económica del fundo por lo cual puede afirmarse, que la parte Actora no logró desvirtuar lo afirmado en los actos administrativos que acusa. " (fos. 189 y 190 C.1)

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

PRIMERO. Vistos los antecedentes, en primer término se impone resolver sobre las excepciones formuladas por el procurador judicial del Incora, pués de su éxito o fracaso depende la oportunidad para estudiar de fondo la cuestión debatida en el *sub lite*.

En el presente caso y de eso se dejó constancia, los mismos hechos que ahora sirven como fundamento de las excepciones fueron esgrimidos por el Incora para provocar la inadmisión de la demanda, con resultados negativos para la Entidad. No obstante esa realidad, nada impide ahora ocuparse de analizar si en verdad sus presupuestos se configuran y ameritan un fallo de fondo, teniendo en cuenta que para esta ocasión se presentan en una nueva perspectiva.

Para ésta oportunidad su prosperidad depende de que se acepte que al proceso se allegó extemporaneamente la denominada declaración descriptiva del inmueble, la cual debió presentar al Incora su propietario, según lo dispuesto por el artículo 22 de la Ley 135 de 1961.

Resulta lógico estudiar, en primer lugar la excepción prevista en el numeral 7° del artículo 97 del C. de P.C., de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales, la cual se hace consistir en este caso, en que el libelo inicial del proceso no se acompañó de copia de aquel informe predial, omisión que está erigida en causal de inadmisión de la demanda, conforme a los preceptuado en el artículo 23 de la citada ley de reforma agraria. La excepción no está llamada a prosperar, en efecto:

Se afirma en la demanda, que se acompaña como anexo fotocopia de la providencia mediante la cual se dio inicio a la extinción del dominio, aseveración que aceptó la demanda o por lo menos no la desvirtuó. Y en esa primera Resolución, en lo pertinente, se hace constar. " En cumplimiento de lo dispuesto por la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria - Incora - en Acuerdo N° 003 de 22 de febrero de 1971, y a disposiciones legales vigentes, fue declarado el inmueble rural denominado Caño León " (fls. 10, 31 a 33).

La declaración de la administración, sin recurrir a un innecesario y excesivo rigorismo cumple cabalmente con la intención que tuvo el legislador, cual fue la de obtener que los propietarios de tierras en la acción de revisión aportaran la prueba de haber cumplido con la carga de declararlas; de acuerdo con lo anterior, forzoso en concluir que se satisfizo ese requisito *sine qua nom* para la admisión de la demanda.

Sin embargo, no sobra advertir que el hecho afirmado se acreditó por el mismo Instituto, al allegar al proceso fotocopia autenticada del informe que recibió de los interesados. (fls. 1 a 15 Anexo 3).

Y aunque lo hizo, a la demandante no le obligaba presentar ese informe de su predio, en virtud de que el Acuerdo mediante el cual la Junta Directiva de la Entidad reglamentó el contenido y plazo en que debía rendirse, fue anulado precisamente en lo concerniente a ese término, en sentencia proferida por esta misma Sala de diciembre 19 de 1987 (expediente N° 4989, Actor: Bernardo Carreño Varela). El fallo en mención, concluye que el señalamiento le correspondía hacerlo al Gerente General de Incora, según lo previsto en el artículo 22 de la citada Ley 135 de 1961.

De manera que, si el propietario no soporta la carga de rendir la declaración descriptiva del inmueble, tampoco podía exigírsele que allegara su copia a la demanda. Por estas razones, no se configura en el presente la excepción propuesta.

La excepción de caducidad de la acción, tampoco puede recibir despacho favorable, pues se halla edificada sobre las mismas premisas que llevaron al fracaso a la anterior, pues según el Incora, cuando finalmente se allegó el documento al proceso, había ya vencido el término hábil para incoar la acción.

Además, al Incora no le asiste razón al suponer que desde la ejecutoria de las Resoluciones de extinción del dominio, hasta que se recibió en este proceso copia del informe predial, corrió en forma continua el plazo para ejercer en oportunidad la acción. Conforme a la ley procesal, la demanda admisible fue presentada oportunamente según lo preceptuado por los artículos 90 y 91 del C. de P.C. En esas condiciones, no prospera la excepción de caducidad de la acción.

SEGUNDO.- Según la doctrina y la jurisprudencia de esta Corporación , en las acciones en que se impugnan actos administrativos con miras a deprecar la nulidad de éstos, se impone como carga procesal que se indiquen de manera precisa las disposiciones que se estiman infringidas y se explique el concepto de su violación. Pues, el acto administrativo es creado de manera unilateral por la administración en ejercicio de una potestad jurídico - administrativa con el fin de imponer situaciones jurídicas cuya eficacia se apoya en la presunción *iuris tantum* de que están conformes con el ordenamiento jurídico.

Corresponde al actor desvirtuar esta presunción por medio de una explicación lógica - jurídica, en el sentido de mostrar de manera evidente la incongruencia entre el acto que se impugna y las normas superiores constitucionales, legales o de otro

órden, que se reputan violadas. Esto es lo que constituye el principio de la rogación. Al Juez administrativo no le es dado en este contencioso de anulación regirse por el principio de la *iura novit curia.*

Al señalar el actor como violados de manera general estatutos legales completos, Leyes 200 de 1936, 135 de 1961 y 4ª de 1973, decreto 059 de 1938 y 1577 de 1974, los cuales en su múltiple articulado regulan diversas materiales y conductas, se deduce sin mayor esfuerzo, que omitió uno de los presupuestos de la demanda, por cuanto la Ley 167 de 1941, vigente al momento de incoar la acción, imponía también como carga lo preceptuado en el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, (adoptado por el Decreto 01 de 1984).

Pese a la omisión anotada, para no dictar un fallo inhibitorio en reconocimiento a la prevalencia del derecho sustancial (art. 228 de la C.N.), se resuelve de mérito sobre la cuestión *sub-judice,* además, porque se estima que en lo indispensable esa deficiencia fue enmendada al explicar el concepto de la violación.

TERCERO.- La figura jurídica de la extinción del dominio que ocupa a la Sala, obtuvo su fuente en el anterior artículo 30 hoy 58 - de la Constitución Nacional y de manera específica en el texto adoptado por el el Acto Legislativo N° 1 de 1936, en el que se destaca la prevalencia del interés particular, al declarar que la propiedad es una función social que implica obligaciones. Es un límite exógeno que sufre el ejercicio del derecho de propiedad, como derecho subjetivo. La forma de extinción del dominio igual que la usucapión, son instituciones de diferente naturaleza. En el primer caso, el derecho subjetivo sobre la propiedad se pierde para quien lo ostentaba, (extinción del dominio), reviertiéndolo a la Nación y en el segundo caso (prescripción) por adquirirlo quien poseyó las tierras en las condiciones y por el tiempo previstos en la ley. Entonces, su característica común, es la de sancionar al titular que sin causa justificada mantiene incultos o abandonados sus terrenos o heredad.

En la legislación agraria, la extinción del dominio está consagrada y regulada por las leyes 200 de 1936 y 135 de 1961; y en los Decretos que reglamentan esa materia. La primera citada, se ocupa del desarrollo del principio Constitucional y con ese propósito fija las pautas que deben seguirse en el ejercicio de función social que tiene la propiedad, precaviéndola de su eventual cancelación, según lo previsto en su artículo 1°.

No obstante aquel mandato Constitucional y la disposición precitada si interesado se niega o rehusa asumir la explotación y la abandona durante tres años continuos posteriores al 29 de marzo de 1973 (fecha en que fue sancionada la Ley 4ª de 1973, que introdujo modificaciones en los artículos 1°, 6° y 12 de la Ley 200 de 1936) o anteriores a la Inspección Ocular del trámite administrativo, en esas circunstancias se configuran las causales para que en cumplimiento de expresos mandatos legales se declare extinguido el dominio, oportunidad en la cual el Incora deberá hacer las exclusiones a que haya lugar derivadas de las excepciones y

presunciones de explotación consagradas en esa materia (Arts. 6° inciso 1° de la Ley 200 de 1936 y 3° de la Ley 135 de 1961.

La adecuada explotación de un predio sólo se acredita a través de los medios de prueba que la normatividad agraria denominada PRINCIPALES y COMPLEMENTARIOS.

Los primeros, se refieren a: " Prueba principal de la Explotación agricola, Prueba principal de la Explotación pecuaria, Prueba principal de la explotación de bosques naturales y artificiales y Prueba principal de obras de irrigación"; ellas permiten verificarla en forma objetiva y de manera directa y por la misma causa, se limitan a la inspección ocular (en su lugar, la diligencia de alindación de zonas), en lo que se refiere al trámite administrativo, y en la revisión Contencioso Administrativo a través de la inspección judicial. En ambos casos, pueden ser concurrentes, con la prueba pericial.

Por su parte, los Subsidiarios, como su nombre lo indica, son conducentes para demostrar la posesión cuando al practicarse los primeros los terrenos no se encuentran cultivados, ni existen señales de haberlo sido recientemente, o bien, cuando no se encuentran con ganados o su número es inferior a la proporción prevista en el artículo 6° del Decreto 059 de 1938 (Arts. 15 a 21 del Decreto 1577 de 1974).

CUARTO.- Se desprende de los antecedentes administrativos que en la actuación la interesada no acreditó la explotación adelantada en el inmueble por los medios que se dejaron explicados, ni siquiera ejercitó su derecho a pedir pruebas,ni entró a convertir las que de manera oficiosa le practicó el Incora.

En este proceso de revisión, la demandante se circunscribió a la Inspección Judicial y al dictamen de los peritos y omitió acudir a los medios complementarios. Además de las pruebas solicitadas, debió remitirse a estas, para desvirtuar lo consignado en las dos diligencias que practicó el Incora, las que revelan abandono de la zona comprometida con la extinción del dominio.

Para el exito de sus pretensiones, la demandante debió allegar por lo menos la prueba que dejó enunciada en el capítulo atinente al concepto de la violación de demanda. Era fundamental acreditar que obtuvo créditos de produción, para adecuación de la tierra y otros destinados, a la adquisición de maquinaria y elementos de trabajo y que efectivamente los había invertido en ellas; lo precedente, además de los registros ganaderos, de sus declaraciones de renta y patrimonio y libros de contabilidad de la sociedad administradora o cualquiera otra prueba demostrativa de explotación económica, por lo menos en el área afectada por la cancelación ordenada en los actos administrativos demandados.

De los anexos Uno y Dos, se deduce que igual que el predio Caño León, los denominados Bellavista y Buenos Aires, cuando se les practicó la visita previa, se hallaban abandonados, lo cual aparece evidente en los informes respectivos de 26

de febrero de 1976 y de 1° de julio del mismo año (fls. 27 y ss Anexo 1 y 12 a 24 del Anexo 2). Así las cosas, si no se les extinguió el dominio fue por razones diferentes.

Entonces, importa considerar como en las dos diligencias del examen del predio cumplidas en el proceso administrativo, distantes una de otra en cuanto a tiempo se refiere, figuran similares observaciones y conclusiones, las que por su reiteración demuestran la inexplotación como una constante en la zona extinguida; la parte actora no procuró realmente desvirtuar las constancias que en ese sentido dejaron los funcionarios del Incora.

En la primera, se afirma que en el predio no existen contrucciones ni maquinaria, pero que sus suelos son aptos para desarrollar en ellos labores agropecuarias y sin embargo, con la salvedad de las parcelas que detentan los 11 precaristas asentados allí, el resto se encuentra inculto. Dice el informe, en lo pertinente:

"IX.- EXPLOTACION ECONOMICA. La propietaria no adelanta explotación agrícola o ganadera alguna. A excepción de las áreas que explotan los ocupantes, el resto de la finca en extensión aproximada de 233 Has, se encuentra cubierta de vegetación arborea secundaria y rastrojo alto nutrido de más de 5 años.

" XII. SEMOVIENTES. No hay ganados ni de los propietarios ni de otras personas. " (fls 27 a 30 Anexo 3).

Ahora en el Acta de la diligencia de alindación de zonas, prueba que por no haber ejercido su derecho la interesada, el Incora la decretó de oficio, la cual se cumplió el 19 de agosto de 1977, se observa que un año después de aquella, la situación no varió sino que se mantuvo; la única diferencia que registra es la reducción del número de precaristas, pues se redujo de 11 a 8 y la aclaración de que la administración a cargo de la Ganadería Pacolandia Ltda., se limita sólo a cobrar la participación que deben pagar esos aparceros. Dice al respecto:

" IX- EXPLOTACION ECONOMICA

" La propietaria no adelanta ninguna clase de explotación, ya sea agrícola o ganadera. Exceptuando las áreas explotadas por los aparceros, el resto del predio en una extensión aproximada de 230 has. se encuentra cubierto de vegetación árborea secundaria y de rastrojo alto y nutrido de más de 6 años.

"X - SEMOVIENTES.
No hay ganado de propiedad de la propietaria, ni de los aparceros

"XI- ADMINISTRACION

" La administración está a cargo de la SOCIEDAD GANADERIA PACOLANDIA LIMITADA, cuyo gerente es el señor NERIQUE (sic)

GUERRERO RAMIREZ, pero el predio se encuentra en completo abandono. Las partes de los amedieros (sic) son recibidos por el señor DANIEL BUITRAGO, en su condición de mayordomo de la finca Pacolandia.
" XII - RESUMEN.

" Area total aproximada explotada por coho (8) aparceros en terreno dedicado al cultivo de la yuca y 1/2 en plátano.	31has
" Area total aproximada cubierta de vegetación árborea secundaria y rastrojo alto nutrido, en suelos potencialmente aptos para ser explotados con agricultura y ganadería.	230has
TOTAL	261has"

(folio 60 Anexo 3).

Las resoluciones acusadas con base en los presupuestos fácticos que obran en los informativos, extinguen el dominio en 155-7100 has total de 185-4200 has. incultas. Se aclara que la diferencia obedece a la exclusión de las áreas destinadas o con vocación para reserva forestal, según lo preceptuado por el artículo 4° del Decreto 1449 de 1977.

El Acta de la Inspección Judicial y el dictamen pericial de esta revisión, obran a folios 120 a 123, 125 a 126 y 157, demuestran que diez años después de las visitas del incora, la situación ha mejorado en cuanto a la explotación de la zona entregada, pues ahora se está explotando el Lote 16 y el 19 tan sólo parcialmente, pues aun subsisten en él sectores incultos. En esas pruebas, se advierte que con los elementos de juicio que se tuvieron a disposición, no es posible conceptuar sobre el estado de la explotación en el inmueble para el año de 1977.

De lo dicho atrás, se debe concluir que la parte actora no acreditó los supuestos fácticos en que se apoyaron las pretensiones y que fundamentalmente ese es el resultado de no haberse acogido a la tarifa de pruebas complementarias, por no aportar ni hacerlas valer en este juicio.

Entonces, por no haberse desvirtuado la presunción de legalidad de la actuación que se revisó, como corolario obligado deberán negarse las súplicas principales de la demanda y así se dispondrá en la parte resolutiva de esta providencia.

QUINTO.- Respecto de la causal subsidiaria de anulación de los actos administrativos acusados, que se hace consistir en la falta de señalamiento de los recursos que eran procedentes contra la resolución inicial del trámite administrativo, observa la Sala que en la legislación agraria no se ha establecido recurso alguna contra las providencias que carecen de la virtualidad de incidir directa e indirectamente sobre el fondo del asunto. Y en esas condiciones, el acto no estaba sujeto ni era susceptible de los recursos de vía gubernativa, a los que precisamente

se referían a la sazón los artículos 11 parágrafo 2° y 12 del Capítulo II del Decreto 2733 de 1959; entonces, en la actuación objeto de revisión no hay lugar a deducir violación de esa preceptiva y por esa razón, este cargo tampoco prospera.

Sin embargo, no está por demás aclarar que esa resolución de simple trámite, cumplió con el objetivo propuesto, o sea vincular a la propietaria de las tierras a las diligencias de extinción del dominio que se proponía adelantar el Incora y al mismo tiempo, informar a los terceros interesados sobre la iniciación y existencia de ese proceso.

Aplicada entonces la voluntad abstracta de la ley a las Resoluciones que son materia de acusación en este proceso se evidencia que no existe pugna entre ellas, por el contrario armonizan bien en la decisión adoptada por la administración en el sentido de extinguir el derecho de dominio privado en parte del predio rural denominado CAÑO LEON, es decir, que éstas se ajustan a derecho y deben mantenerse.

Por los antecedentes fácticos y jurídicos analizados, se impone, pues, negar las pretensiones formuladas en el libelo inicial del proceso.

En mértio de lo expuesto, el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A :

PRIMERO.- No prosperan las excepciones propuestas.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la revisión practicada, deniégase las súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha 28 de mayo de 1992.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE TRANSITO/ DAÑO ANTIJURIDICO

Está comprometida la responsabilidad patrimonial de la administración en aquel accidente. En efecto: se trata de una carretera nacional; a la Nación- Ministerio de Obras Públicas y Transporte, lo mismo qué el Fondo Vial Nacional les está atribuída su conservación y mantenimiento; en esa carretera se produjo el accidente; él es imputable a la administración, en primer término, por mal funcionamiento del servicio a su cargo, debido a descuído, imprevisión y mora para remover el obstáculo creado en ellas días antes y en segundo lugar por (no) adoptar medidas efectivas de prevención de desastres, y en tercer lugar, por falta de señalización que evidenciaran el peligro inminente sobre la ocurrencia del riesgo. En esas condiciones, surge clara la responsabilidad estatal tanto por irregularidad de su servicio como por antijuridicidad objetiva, dado que lo sucedido tipifíca un daño de los llamados antijurídicos de los que envuelven dicha responsabilidad.

PRUEBAS-Valoración/ **PERSUASION RACIONAL**

Al valorar las pruebas deberá acogerse al sistema de la persuación racional y observar los principios concernientes a la libertad de medios y las reglas de la sana crítica. Ese examen no podrá hecerse desarticulado, sino en conjunto según lo preceptuado por el artículo 187 del C. de P.C., aplicable integramente al proceso contencioso administrativo.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS-Régimen aplicable

La jurisprudencia del consejo de Estado ha venido sostenido reiteradamente que en procesos de esta naturaleza (responsabilidad extracontractual del Estado) no es viable hacer la concresión de los perjuicios con apoyo en el artículo 107 del Código Penal que para ese efecto precisamente invoca la recurrente.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Tercera.- Santafé de Bogotá D.C., veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y dos.

Consejero ponente: *Daniel Suárez Hernández*

Referencia: Expediente Nº 6771; Actor *Monica Lucia Zambrano y Otros.*

Conoce la Sala del recurso de apelación que interpuso la parte actora contra la sentencia de 14 de mayo de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, mediante la cual dispuso:

"DENEGAR LA TOTALIDAD de las súplicas de las demandas elevadas por el señor representante judicial de las personas que otorgaron los respectivos poderes, dentro de los procesos acumulados números 4107-4110 y 4163 y en contra de la Nación Colombiana (Ministerio de Obras Públicas - Fondo Vial Nacional).

" Costas a cargo de los demandantes - tásense ". (fl 403, cdno. principal).

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1.- La demanda. Con fecha de 19 de febrero y 20 de abril de 1990, MONICA LUCIA ZAMBRANO; BEATRIZ MILVIA TREJO, PACOMIO, ISABEL MERCEDES y BLANCA EMMA CORAL TREJO; JOSE MARCELIANO QUITIANES y ELVIA MIGUELINA PIARPUZAN; EUDORO, PARMENIDES, SEGUNDO GILBERTO, JOSE FIDEL y HUMBERTO CUTUMAL CASTILLO, CARMELITA GUASTUMAL DE HERNANDEZ y MERCEDES CASTILLO; BARBARA NARVAEZ; EDMUNDO OJEDA MOLINA y JANETH MARIBEL OJEDA ZAMBRANO; y ELVIA INES ARTURO REALPE, MONICA LEONOR y MARIA XIMENA REALPE, ARTURO, obrando por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A., en el Tribunal Administrativo de Nariño formularon demanda en contra de la Nación Colombiana - Fondo Vial Nacional.

Solicitan los demandantes declarar a esas entidades civil y solidariamente responsables de los daños y perjuicios de índole moral y material que se le causó a cada grupo familiar a raíz de la muerte de ROSA ISABEL ZAMBRANO, BERTHA LIGIA CORAL TREJO, ROSARIO DEL CARMEN QUITIAQUEZ PIARPUZAN, JOSE HERNANDO CUASTUMAL CASTILLO, AURA MEY NARVAEZ, WILBER EDMUNDO OJEDA ZAMBRANO y MILTON EFREN REALPE GONZALEZ.

El fallecimiento de las personas que se dejaron relacionadas, según el libelo, se produjo como consecuencia de la existencia de obstáculos en la carretera y a la caída de piedras sobre el bus de transporte público en que se transportaban, de Placas WL 0101 afiliado a la empresa " Cootranar", que desviaron y " aplastaron"

el automotor lanzándolo a un abismo en el sitio La Humeadora, en la vía que de la ciudad de Pasto conduce a Ipiales en el Departamento de Nariño, según hechos ocurridos el dia 21 de abril de 1988.

Ese accidente con consecuencias fatales, se imputa a: defectos en la construcción de la vía; falta de muros y barreras de protección; deficiencia en el mantenimiento de la carretera; y mora en la remoción de los escombros de un derrumbe que se presentó ocho días antes de la tragedia, que impedía el paso vehícular normal por su costado derecho en la dirección que tenía el bus, de lo cual habían dado aviso los usuarios a las autoridades competentes.

Como consecuencia del insuceso, piden condenar a la administración a pagarles: a) Por concepto de perjuicios morales, el equivalente en pesos colombianos a 1000 gramos de oro fino, al precio de cotización de ese metal para la fecha de ejecutoria de la sentencia, para cada uno de los demandantes; b). Por perjuicios materiales, las costas del proceso y los intereses corrientes y de mora que causen las condenas precedentes. Los cinco primeros grupos familiares citados, piden que los intereses " sean aumentados con la Variación Promedio Mensual del Indice Nacional de Precios al Consumidor", y que se liquiden hasta el pago efectivo de la indemnización.

Flavio Edmundo Ojeda, adicionalmente reclama que le sean reconocidos los perjucios derivados de la pérdida de crianza y del chance de ayuda futura de su hijo muerto en el accidente, según el monto de lo que resulte probado en el proceso; en caso de que no existan las bases necesarias para hacer el cálculo, pide se fije su monto en el equivalente a 4000 gramos de oro, en aplicación de los artículos 4 y 8 de la ley 153 de 1887 y 107 del Código Penal.

Elvia Inés Arturo de Realpe, en nombre propio y el de sus hijos, también reclama la indemnización por la pérdida definitiva de la ayuda económica que recibían de su cónyuge y padre de sus hijos, en cuantía de los que se demuestre en el proceso; con apoyo en las mismas disposiciones enlistadas en el caso anterior, solicita subsidiariamente, que la condena se haga por equivalente a dos mil (2000) gramos de oro fino para ella y de un mil (1000) gramos de ese metal y de la misma calidad para cada uno de los hijos sobrevivientes.

*2.- **Fundamentos de hecho.*** Aparecen relacionados en las tres demandas acumuladas y se reducen en síntesis a lo siguiente:

MONICA ZAMBRANO, reclama perjuicios por la muerte de su progenitora ROSA ISABEL ZAMBRANO.

BEATRIZ MILVIA, LUIS CORAL CERON, PACOMIO, ISABEL MERCEDES y BLANCA EMMA CORAL TREJO, demandaron los dos primeros en su condición de padres y los tres últimos de hermanos de la fallecida BERTA LIGIA CORAL TREJO.

JOSE MARCELIANO QUITIAQUEZ y ELVIA MIGUELINA PIAR PUZAN, impetran el reconocimiento de los daños recibidos por la muerte de su hija ROSARIO DEL CARMEN QUITIAQUEZ PIARPUZAN.

MERCEDES CASTILLO, CARMELINA, EUDORO, PARMENIDES, SEGUNDO GILBERTO, JOSE FIDEL y HUMBERTO CUASTUMAL CASTILLO, demandan como perjuidicados por la muerte de su hijo, primera y de su hermano para los seis restantes, quien en vida se llamó JOSE SEGUNDO CUASTUMAL CASTILLO.

BARBARA NARVAEZ, demanda como perjudicada por la muerte de su hija AURA MERY ROSERO NARVAEZ.

El sexto grupo familiar, integrado por FLAVIO EDMUNDO OJEDA MOLINA y JANETH MARIBEL OJEDA ZAMBRANO, por la pérdida de su hijo y hermano WILBER EDMUNDO OJEDA ZAMBRANO.

Y último grupo familiar, constituído por ELVIA INES ARTURO DE REALPE, MARIA LEONOR y MARIA XIMENA REALPE ARTURO, obran como afectadas por la muerte de su conyuge y padre, el profesor MILTON REALPE GONZALEZ.

A causa del accidente, los demandantes se vieron privados de la compañia de sus seres queridos, con los cuales no solo tenían vínculos de parentesco, sino además excelentes relaciones filiales y fraternales.

La tregedia que dió origen a este proceso, está relatada de la siguiente manera en las demandas:

"1°. La NACION COLOMBIANA es propietaria de la carretera Panamericana, sector PASTO - IPIALES, correspondiéndole su conservación, reconstrucción y mejora, a un mismo tiempo, a la NACION COLOMBIANA y al FONDO VIAL NACIONAL, representados ambos por el señor MINISTRO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSORTE.

" 2°. En dias anteriores al 21 de abril de 1988 (8 dias aproximadamente), a pocos metros de la Quebrada ' La Humeadora', habían caído rocas, sin que las autoridades correspondientes procedieran a dar limpieza a la vía Panamericana.

" 3°. Los usuarios de la Carretera ya habían dado aviso de la anormalidad a las autoridades correspondientes.

" 4°. Aproximadamente a las dos de la tarde del 21 de abril de 1988 a pocos metros de haber pasado en dirección Pasto - Ipiales por el puente sobre la Quebrada ' La Humeadora ', sitio ya indicado en los numerales 2° y 3°., cayeron varias piedras sobre la parte delantera izquierda del bus de placas WL 0101 afiliado a la Empresa ' COOTRANAR', COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES DE NARIÑO.

" 5°. Las piedras que cayeron en el preciso momento que el bus trataba de sobrepasar el obstáculo, ' aplastaron ', no sólo el automotor, sino al conductor mismo, señor JOSE HERNANDO CUASTUMAL CASTILLO, quedando la máquina sin control y demás siendo lanzado al abismo, con numerosos pasajeros, que perdieron la vida.

" 6°. El hecho indudablemente se debió a las siguientes circunstancias:

" a) La carretera fue mal construída;

" b) Fueron utilizadas grandes cantidades de explosivos que cuartiaron y desestabilizaron los estratos rocosos abiertos para dar paso a la vía.

" c) No fueron construídos muros de contención, ni bardas que protegieran a los usuarios de la carretera de una caída al abismo por desbandamiento, o por salida de la calzada.

" d) Por falta de mantenimiento adecuado de la vía Panamericana, pues ni la Nación, ni el Fondo Vial Nacional se preocuparon por provocar el despegue o derrumbe controlado de las piedras de los taludes que amenazan con caer sobre la banca de la carretera.

" e) Porque ni la Nación ni el Fondo Vial Nacional se presocuparon por remover oportunamente, los escombros ya caídos, no obstante los avisos reiterados de sus usuarios, desde ocho (8) días antes, impidiendo el paso vehicular normal.

" 7°. Debido a la existencia de los escombros sobre la vía, precisamente contra el talud, parte derecha, a pocos metros de la salida del Puente sobre la Quebrada ' La Humeadora ', fue que el conductor el bus accidentado de CONTRANAR, señor JOSE HERNANDO CUASTUMAL CASTILLO, tuvo que tomar su izquierda, al lado del abismo, para superar el obstáculo existente sobre su derecha".

" Precisamente al sortearlo, como ya se dijo, varias piedras le cayeron encima aplastando no sólo el vehículo, sino sus conductos provocando el accidente". (fls. 65 a 68, Cdno. Ppal.).

*3.- **Actuación procesal.*** Notificada la Nación Colombiana y el Fondo Vial Nacional del uso admisorio de la demanda, constituyeron apoderado a fin de que las representara en el proceso. La apoderada, contestó las demandas y pidió pruebas, con excepción del proceso N° 4163, en el que el escrito fue presentado extemporáneamente, impidiendo que se pudiera tener en cuenta; las pruebas que solicitó conjuntamente con las pedidas por la parte actora fueron decretados por auto fls. 136 y s.s. y se allegaron de manera regular, así como en oportunidad al expediente.

Agotado el término que fue concedido para acreditar los hechos que son materia de la controversia, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público, a fin de que las primeras alegaran de conclusión y éste rendiera su concepto de fondo. En el momento procesal oportuno, los respectivos apoderados presentaron los memoriales visibles a los folios 283 a 347 y 348 a 361. La Fiscalía del Tribunal, luego de historiar los antecedentes que dieron origen a las demandas, conceptúa que: " SE DEBEN DESPACHAR FAVORABLEMENTE las pretensiones de los actores atemperando el monto de los perjuicios a lo demostrado en el expediente" (fls. 363 a 371).

4.- La sentencia recurrida. En el fallo, visible a los fls 379 a 403, luego de referirse en parte al acervo probatorio, el Tribunal concluye que si bien aparece acreditada la legitimación en la causa por activa, por otra parte fallan los elementos axiológicos absolutamente indispensables para estructurar la responsabilidad extracontractual deprecada por los demandantes.

Para arribar a la decisión apelada, el *a-quo* tomó en especial consideración los siguientes elementos de juicio:

1.- El fallo que pronunció relacionado con un accidente similar, con ocasión de la demanda incoada por FABIO RUIZ OSPINA, del que transcribe la valoración que hizo de los antecedentes fácticos, así como de la jurisprudencia del Consejo de Estado, en lo concerniente al derecho sustancial que constituye el pilar y fundamento de la responsabilidad extracontractual estatal.

2.- Los accidentes como el que dió lugar a estas demandas pueden provenir de varias causas.

Sin embargo, para el *a-quo* es verdadero misterio la manera como pudo originarse la tragedia del bus "... ya que ni siquiera se conoce en forma cierta si verdaderamente lo golpeó una piedra, y a renglón seguido advierte: ' existen más bien serios indicios de que involuntariamente terceras personas puedan provocar la caída de piedra desde las partes altas de la mentada carretera, fuera de que estos fenómenos pueden ocurrir también por desestabilización de taludes provocados por movimientos de la corteza terrestre, fuertes lluvias, quemas, erosión'.

3.- El dictamen pericial rendido en el proceso, del cual destaca que los expertos conceptúan favorablemente sobre la manera como se construyó la vía y de su estado de mantenimiento.

4.- A este evento no resulta aplicable el régimen de responsabilidad por el llamado riesgo excepcional " toda vez que falla un elemento importante que está traducido como se dijo, en no haberse demostrado, cuando menos, la caída de la piedra que se dice fue la causa del accidente", ya que aquel tiene operancia " cuando el Estado, en desarrollo de una obra o servicio público, utiliza recursos o medios que colocan a los particulares y a sus bienes en situación de quedar expuestos a un riesgo excepcional".

5.- El accidente no se produjo como consecuencia de fuerza mayor o caso fortuito y en consecuencia " se descartará por este aspecto la excepción alegada por la parte demandada y fundada en tales hechos, ya que si bien y como se viene afirmando, tales fenómenos constituyen causales de exoneración de responsabilidad administrativa, aquí ellos no están demostrados. Por tal causa, la absolución a la parte demandada no se fundará en el acaecimiento de ellos, sino en la consideración referente a que hay ausencia o carencia de prueba respecto a la supuesta falla del servicio". (fl 402, Cdno. Ppal.).

6.- Las alegaciones de la segunda instancia: Inconforme con el fallo que absolvió a la administración de responsabilidad en el accidente, el apoderado de la parte actora lo recurrió en apelación y lo sustentó, haciendo algunas valoraciones de orden fáctico y jurídico, como corolario de lo cual, pide su revocatoría y en su lugarse accede a las súplicas del libelo inicial del proceso. (fls. 405 a 407).

En su alegato de fondo, la apoderada de la Nación-Fondo Vial Nacional, después de referirse a los medios de prueba recaudados, concluye: El accidente ocurrió por el hecho de las cosas y por lo tanto, mal podría afirmarse que el caso en estudio corresponde a uno de los eventos que comprende la responsabilidad sin falta, pues, era necesario acreditar que sí ocurrió el perjuicio y que su causa directa fue la caída de la piedra que se incrustó en el bus. Solicita confirmar la providencia recurrida. (fls. 418 a 420).

Para la misma oportunidad, el apoderado de los demandantes destaca que el *a-quo* no apreció en debida forma el acervo probatorio, le hace varias observaciones a sus conclusiones y alude a los distintos regímenes de responsabilidad aplicables a este juicio. Por último, reitera las solicitudes que hizo en el memorial de sustentación de este recurso (fls. 424 a 461); en escrito que allegó posteriormente, solicita tener en cuenta la sentencia que adjunta en fotocopia, mediante la cual, la Sala resolvió la alzada propuesta contra el fallo dictado en el proceso incoado por FABIO RUIZ OSPINA, precisamente el que sirvió de fundamento al *a-quo* para denegar las súplicas formuladas por la parte actora en este juicio.

7.- El concepto fiscal. Para la Fiscalía Décima de esta Corporación, el recaudo probatorio no remite a duda que " al tratar de sortear un derrumbe de tierra y piedra que obstaculizaba el paso, el bus que conducía Hernando Cuastumal,,se precipitó al abismo, ocasionando la muerte a los familiares de los demandantes, que viajaban en el automotor".

> " Estima esta Fiscalía, sin embargo, que no puede desestimarse el grado de culpabilidad que en el hecho tuvo el conductor del bus, al confiar imprudentemente en poder superar el obstáculo que le impedía continuar el viaje. No tuvo pues el cuidado y la prudencia suficiente para prevenir el peligro y evitar la tragedia. Conocedor de la abrupta topografía, corrió el riesgo de precipitarse al abismo, orillando temerariamente el vehículo sobre el borde izquierdo de la carretera, provocando así la tragedia.

" El conductor debió esperar a que se despejara la vía, o debió evacuar el vehículo a los pasajeron para intentar él sólo la maniobra. O devolverse, si el derrumbe era infranqueable. Pero no debió exponerse él y a sus pasajeron a un peligro inminente de muerte.

" Y aún, admitiendo que las piedras de gran tamaño cayeron sobre la carrocería del bus, considera esta agencia Fiscal, que tal hecho constituye un fenómeno circunstancial, imputable a factores naturales ajenos de humana previsión, que no comprende la responsabilidad de la Nación". (fls. 473 y 474, Cdno. Ppal.).

Con ese fundamento, estima que se debe confiar la providencia materia de la impugnación.

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1ª. Para la Sala, el fallo recurrido no debe confirmarse y será revocado por las razones que se exponen a continuación:

a) Como se ha dicho insistentemente, al fallador le corresponde analizar los hechos que constituyen el fundamento de la controversia, las pruebas, las normas jurídicas aplicables, las alegaciones de las partes y las excepciones propuestas, con el fin de poder resolver todas las peticiones formuladas en el proceso (art. 170 del C.C.A.).

Al valorar las pruebas, deberá acogerse al sistema de la persuasión racional y observar los principios concernientes a la libertad de medios y las de las reglas de la sana crítica. Ese examen no podrá hacerse desarticulado, sino en conjunto según lo preceptuado por el artículo 187 del C.P.C., aplicable íntegramente al proceso contencioso administrativo.

b) La realidad procesal observada en el *sub lite*, muestra que el *a-quo* no apreció el acervo probatorio en su conjunto, ni observó con atención aquellas pautas. Por esa razón, no pudo deducir que el accidente ocurrió en una carretara nacional, cuyo mantenimiento y conservación estaba a cargo de las entidades demandadas; y que para su generación u ocurrencia hubo dos causas determinantes: La primera, el montículo de tierra y piedra que formaban los escombros de otro derrumbe acaecido ocho días antes del insuceso, barrera que impedía el paso normal de los automotores por el lado derecho de la vía en dirección de Pasto a Ipiales; la segunda, que al desviarse el automotor para superar aquel obstáculo, se situó en el lugar en que se sucedía otro deslizamiento de roca, que cayó sobre él "espichándolo", haciendo que se volcara y cayera al abismo.

c) La Sala resalta la circunstancia negativa de no hallarse estructurada la eximente de responsabilidad, por fuerza mayor o caso fortuito, alegada por la apoderada de las Entidades Públicas demandadas.

Los diversos medios de prueba recogidos en el proceso, son demostrativos de que en el sector que se presentó la catástrofe, por los continuos deslizamientos que allí se sucedían, el tráfico automotor estaba sometido a riesgo inminente. Quienes transitaban esa carretera se hallaban más expuestos a sufrir accidentes, de lo que podría ser usual en la generalidad de las carretaras del país, con ocasión del abandono, de interés e inactividad de las demandadas.

Aquel cúmulo de tierra y rocas, producto de un deslizamiento reciente de los taludes, agregado al que se presentó y precipitó sobre el bus, muestran que los derrumbes en la zona eran continuos y por lo tanto, para proteger a los usuarios de ese riesgo, era exigible a las autoridades la colocación de señales especiales de peligro y, particularmente, un tratamiento singular para la prevención de desastres.

No le asiste razón al Tribunal, por carecer de respaldo probatorio, en la hipótesis de que el desprendimiento de las rocas sobre el bus pudo producirse por la acción involuntaria de un tercero, o debido a movimiento de la corteza terrestre, o a un fuerte invierno, o quemas, o fenómenos erosivos sobre la continuación de los taludes, pues, la sola inactividad en la conservación adecuada de las vías públicas compromete la responsabilidad patrimonial del estado, así no se hubiera probado la segunda con causa del accidente cual era que la piedra hubiera golpeado el automotor.

De lo alegado por las partes ni del acervo probatorio, se desprende que al conductor del vehículo de le endilgue conducta imprudente que pudiera haber contribuído a la causación del suceso.

d) El análisis serio y ponderado de los diversos aspectos de la controversia, desde el punto de vista sustancial y probatorio, permiten deducir que está comprometida la responsabilidad patrimonial de la administración en aquel accidente del 21 de abril de 1988. En efecto: la vía de Pasto Ipiales, es una carretera nacional; a la Nación Ministerio de Obras Públicas y Transporte, lo mismo que al Fondo Vial Nacional les está atribuído su conservación y mantenimiento; en esa carretera se produjo el accidente; él es imputable a la administración, en primer término, por mal funcionamiento del servicio a su cargo, debido a descuido, imprevisión y mora para remover el obstáculo creado en ella días antes y en segundo lugar por adoptar medidas efectivas de prevención de desastres, y en tercer lugar, por falta de señalización que evidenciaran el peligro inminente sobre la ocurrencia del riesgo. En esas condiciones, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corporación, surge clara y evidente la responsabilidad estatal que causó los perjuicios reclamados, tanto por irregularidad de su servicio como por antijuricidad objetiva, dado que lo sucedido tipifica un daño de los llamados antijurídicos de los que envuelven dicha responsabilidad (art. 90 Constitución Nacional).

A ese respecto, la Sala se ha pronunciado de manera similar en diversas oportunidades, de las cuales, se pueden mencionar las siguientes: Sentencia de 30 de agosto de 1990 (Exp. N° 5448, Actor: Edgar Pérez Rodriguez); Sentencia de 5 de marzo de 1992 (Exp. N° 6611, Actor: Elda Luz Orrego y otros); y, sentencia

de 31 de octubre de 1991 (Exp. 6515, Actor: Fabio Ruiz Ospina y otros). El último referenciado, en el que actuó como ponente el Consejero Doctor Julio César Uribe Acosta, merece destacarse, no solo porque precisa el regímen de responsabilidad aplicable a eventos similares al que ahora se examina, sino por referirse a otro accidente ocurrido en la misma vía y además en condiciones que guardan similitud con el presente. Allí se dijo en lo pertinente:

" Dentro de marco probatorio anterior, resulta imposible para el *ad quem* aceptar la valoración probatoria que hizo el fallador de instancia, cuando reconoce que es cierto que el demandante señor Fabio Ruiz Ospina sufrió una lesión, pero que no se puede decir '... que ellas son consecuencia directa de haber soportado el impacto de un cuerpo extraño, posible una piedra ...' Tampoco es de recibo el temperamento de su razonar cuando afirma que aún aceptando que la piedra cayó del talud y golpeó al conductor del vehículo, quedó sin demostrar '.. la relación la causalidad entre esas lesiones sufridas y la falta de eficiencia, vigilancia y mal control en el sostenimiento y conservación de la Carretera Panamericana Sur, y que permitan hablar de responsabilidad con obligación de indemnizar al actor por haber obedecido a falla en el servicio...'. Y no se patrocina esta manera de razonar, porque el caso no se deja manejar con esta última perspectiva jurídica, sino con la filosofía que informa la idea la ' LESION ', esto es, como todo perjuicio antijurídico, que es la base o fundamento del deber de reparación, y que encuentra su apoyo constitucional en el artículo 90 de la Carta, que a la letra reza:

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

" 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 esta 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 supuesto 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 de 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 vínvulo jurídico a soportar, sean consecuencia del que hacer 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 vínvulo 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 solo 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 perjucio hubiera sido originado por un comportamiento institucional.

" ' Dentro del mismo universo discurre el Profesor Eduardo Garcia de Enterría, quien sobre el particular enseña:

" ' El Concepto técnico- jurídico de lesión resarcible y sus notas caracteristicas.

" ' 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 garantía 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 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 (antijuricidad subjetiva), sino, mas simplemente, porque el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo (antijudicidad objetiva:* vic., 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 Sala 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 no acasione obre dentro del marco de la licitud'. La antijuricidad 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 garantia 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' "

Esa ha sido hasta el presente la jurisprudencia del Consejo de Estado y como ahora no aparece razón válida que amerite variar dicha directriz como se anunció atras, será revocada la providencia del *a-quo* para en su lugar acoger las pretensiones de los demandantes, en consonancia con lo alegado y probado por ellos.

2ª. En el proceso están acreditados suficientemente los siguientes hechos:

a) La muerte del familiar que pertenecía a cada uno de los grupos de demandantes, según las necropcias que reposan a los folios 34 a 37 del acumulado Nº 4110; y folios 174, 176, 182, 243 a 247, 250 y 270 del acumulado Nº 4163. Además, con registros civiles de nacimiento y de defunción, según lo que aparece a los folios 34 a 36 del acumulado Nº 4107; y folios 2, 112, 19 a 20, 36 a 37 del acumulado Nº 4163.

b) La legitimación en la causa por activa, con los registros civiles de matrimonio y de nacimiento que obran en los autos, a los folios 31, 33, 34 bis y 35 del acumulado Nº 4107; folios 31 a 37 del acumulado Nº 4110; y folios 5, 12 a 14, 21, 38 y 445 a 442 del acumulado Nº 4163.

c) Los perjuicios morales irrogados a los distintos integrantes de cada grupo familiar en su condición de padres, hijos, cónyuges supérsites o hermanos de cada una de las víctimas, además de la documental ya referenciada, con la prueba

testimonial que obra a los folios 125 a 136 y 143 a 150 del acumulado Nº 4107; folios 164 a 172 del acumulado Nº 4110; y folios 215 a 225 del acumulado Nº 4163.

Los perjuicios morales sufridos por MONICA LUCIA ZAMBRANO; BEATRIZ MILVIA y LUIS CORAL CERON; JOSE MARCELIANO QUITIAQUEZ y ELVIA MIGUELINA PIARPUZAN; MERCEDES CASTILLO; BARBARA NARVAEZ; FLABIO EDMUNDO OJEDA MOLINA; y ELVIA INES ARTURO DE REALPE, MARIA LEONOR y MARIA XIMENA REALPE, por tener derecho a ellos en su condición de hijos, padres ó de conyuge sobreviviente, conforme al criterio reiterado de la Sala, les serán reconocidos en el equivalente en pesos colombianos a mil a (1000) gramos de oro fino, para cada uno de ellos; también por sus vínculos de fraternidad con la víctima del grupo familiar al que pertenecen, tienen derecho al reconocimiento de perjuicios morales PACOMIO, ISABEL MERCEDES y BLANCA EMMA CORAL TREJO; y JANETH MARIBEL OJEDA ZAMBRANO, en el equivalente en pesos colombianos a quinientos (500) gramos de oro fino, para cada uno de los nombrados; finalmente, los hermanos del extinto JOSE HERNANDO CUASTUMAL CASTILLO, o sea CARMELINA, EUDORO, PARMENIDES, SEGUNDO GILBERTO, JOSE FIEL y HUMBERTO CUASTUMAL CATILLO, cuyos lazos familiares también están establecidos y, por ello, se vieron afectados moralmente con la misma intensidad que aquellos, a más de haberse probado el afecto entre ellos.

Para liquidación de los perjuicios morales, el precio nacional del gramo de oro será el vigente para cuando cobre ejecutoria este fallo, es decir, el valor interno que certifique el Banco de la República para entonces, con relación a cada uno de los beneficiados con ese reconocimiento. A tal efecto, la parte actora allegará con la cuenta de cobro respectiva, la citada certificación.

d) Prosperará la pretensión de los demandantes sobre pago de intereses, como lo prescribe el art. 176 del C.C.A., en consecuencia, sobre las sumas concretadas por perjuicios morales se liquidarán y pagarán intereses comerciales dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de este proveído y moratorio de ahí en adelante.

e) En cambio, no podrá acogerse la petición de la parte actora sobre la condena al pago de las costas procesales, pues las entidades públicas no pueden ser condenadas por tal concepto, por prohibirlo expresamente los artículos 171 del C.C.A. y 393 del C.P.C.

f) A FLAVIO EDMUNDO OJEDA MOLINA, no le prospera su solicitud que para que se le reconozcan los perjuicios materiales que aduce se le derivaron de la pérdida de la crianza y del chance de ayuda futura debido a la muerte de su hijo, por ese extremo además que no fue probado, no se reconoce en la jurisprudencia que se aplica a éstos casos.

g) Igualmente, a ELVIA INES ARTURO DE REALPE y sus dos hijos no podrá reconocérseles compensación alguna por la pérdida que dice haber sufrido

de la ayuda económica que recibían de su esposo y padre, en razón de que no se probó; su petición subsidiaria de liquidación de esa condena, es improcedente. A ese respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha venido sosteniendo reiteradamente que en procesos de esta naturaleza no es viable hacer la concresión de los perjuicios con apoyo en el artículo 107 del Código Penal que para ese efecto precisamente invoca la recurrente; a ese respecto, en el fallo del expediente N° 3360, actor: Plutarco Elías López, con ponencia del Doctor Carlos Betancur Jaramillo, esta misma Sala expresó:

" Tampoco se le dá aplicación al artículo 107 del C. Penal porque la norma se refiere a otra órbita legal y porque su aceptación tendría que partir del supuesto de la derogatoría de los artículos 308 del C.P.C. y 172 del C.C.A. ; en el presente caso al no demostrarse la existencia del perjuicio material no podría ni siquiera condenarse en abstracto".

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,

F A L L A :

PRIMERO.- REVOCASE la sentencia apelada, es decir, la de 14 de mayo de 1992, dictada por el Tribunal Administrativo de Nariño.

SEGUNDO.- DECLARASE a la NACION COLOMBIANA MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE - FONDO VIAL NACIONAL, solidaria y administrativamente responsable por la muerte de ROSA ISABEL ZAMBRANO, BERTHA LIGIA TREJO, ROSARIO DEL CARMEN QUITIAQUEZ PIARPUZAN, JOSE HERNANDO CUASTUMAL CASTILLO, AURA MERY ROSERO NARVAEZ, WILBER EDMUNDO OJEDA y MILTON EFREN REALPE GONZALEZ, en hecho ocurridos el 21 de abril de 1988, en la carretera que de Pasto conduce a Ipiales, en el Departamento de Nariño.

TERCERO.- Como consecuencia de la anterior declaración, condénase a la NACION COLOMBIANA MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE - FONDO VIAL NACIONAL a pagar solidariamente y por concepto indemnizatorio los perjuicios morales que se causaron, así: a) A MONICA LUCIA ZAMBRANO; BEATRIZ MILVIA y LUIS CORAL CERON; JOSE MARCELINO QUITIAQUEZ y ELVIA MIGUELINA PIARPUZAN; MERCEDES CASTILLO; BARBARA NARVAEZ; FLAVIO EDMUNDO OJEDA MILINA; ELVIA INES ARTURO DE REALPE, MARIA LEONOR y MARIA XIMENA REALPE ARTURO, o a quien sus intereses represente, el equivalente en pesos colombianos a mil (1000) gramos de oro fino para cada uno de ellos; b) A PACOMIO, ISABEL MERCEDES y BLANCA EMMA CORAL

TREJO; y a JANETH MARIBEL OJEDA ZAMBRANO, o a quien su derecho represente, el equivalente en pesos colombianos a quinientos (500) gramos de oro fino para cada uno de ellos y; c) a CARMELINA, EUDORO, PARMENIDES, SEGUNDO GILBERTO, JOSE FIDEL y HUMBERTO CUASTUMAL CASTILLO, o a quien sus intereses represente, el equivalente en pesos colombianos a quinientos (500) gramos de oro fino, para cada uno de ellos.

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

Las sumas así liquidadas, devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses a la ejecutoria de esta providencia y moratorios después de ese término.

CUARTO.- NIEGASE las demás pretensiones de las demandas.

QUINTO.- Con el objeto de que se dé cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A., el Tribunal expedirá copias de las sentencias, con constancia de su ejecutoria con destino al MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE - FONDO VIAL NACIONAL y a la parte actora, con las constancias previstas en el artículo 115 del C. de P.C.

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

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha 28 de mayo de 1992.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: Se reitera, además, lo dicho en fallo del expediente N° 3360, Actor: Plutarco Elías López, Ponente: Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO.

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA

El manejo de situaciones, con el universo que tiene la que dio lugar a este proceso, no justifica por ningún motivo el uso de las armas. Por lo demás éstas no son juguetes que se pueden emplear para generar miedo en enfermos mentales o drogadictos, salvo que quienes así proceden rindan culto al nihilismo, que es la aseveración de que el ser humano carece de significación.

PERJUICIOS MORALES- Presunción

La Sala reitera que el efecto se presume en tratándose de los padres que reclaman por la muerte del hijo. La Sala no hace suya la perspectiva del apoderado de la Nación, cuando cuestiona a la madre del occiso porque esta solía castigarlo con frecuencia, y porque después del fallecimiento del hijo tuvo " sentimiento de culpa", incentivado por las dos hijas que "fueron hostiles hacia la madre". De la prueba aportada no se desprende que ella hubiera abusado de ese derecho, o que hubiese actuado determinada por sentimientos de odio hacia su descendiente. Tampoco puede afirmarse que sea responsable de la muerte del ser querido por la simple circunstancia de que llamó a la policía, para que atendiera un caso sencillo y elemental de perturbación de la vida familiar.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., mayo veintiocho (28) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Dr. Julio Cesar Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente N° 7266; Actor; María Jael Montoya 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 grado de CONSULTA de la sentencia calendada el día quince (15) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que en su parte resolutiva, *DISPUSO:*

" 1°. Declárase a la NACION COLOMBIANA - Policía Nacional responsable de los perjuicios ocasionados a MARIA JAEL MONTOYA, ADRIANA LUCIA y GLORIA PATRICIA CASTAÑO MONTOYA a raíz de la muerte de CARLOS MARIO CASTAÑO MONTOYA, hecho ocurrido el 4 de marzo de 1988 en el Municipio de Medellín.

" 2°. Como consecuencia de lo anterior la NACION pagará a la señora MARIA JAEL MONTOYA el equivalente de mil gramos de oro y a ADRIANA LUCIA y GLORIA PATRICIA MONTOYA el equivalente de quinientos gramos de oro a cada una, de acuerdo con la cotización a la fecha de ejecutoria de la sentencia.

" 3°. Igualmente a cubrirle a la señora MARIA JAEL MONTOYA la suma de ciento cincuenta y ocho mil pesos ($158.000.oo), por gastos funerarios.

" 4°. Niégase las demás súplicas de la demanda.". (fl 159 C 1).

El fallo anterior fue adicionado en providencia de trece (13) de diciembre de 1991, en cuya parte resolutiva se lee:

" Adiciónase la sentencia del 15 de noviembre de 1991 en el sentido de que se condena a la NACION COLOMBIANA a cubrirle a la señora MARIA JAEL MONTOYA la suma de ciento cincuenta y ocho mil pesos por gastos funerarios actualizados en la forma señalada en la parte motiva.". (fls. 164 -165 C 1).

Para la mejor comprensión jurídica de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso, se transcribe a continuación lo pertinente, tomado de las consideraciones de la citada providencia, en la cual se razona judicialmente dentro del siguiente universo:

" La señora MARIA JAEL MONTOYA, ADRIANA LUCIA y GLORIA PATRICIA CASTAÑO MONTOYA, han solicitado a través de apoderada idónea y previas las ritualidades dispuestas en la ley, declarar a la NACION responsable de la totalidad de los daños y perjuicios que se han ocasionado por la muerte de CARLOS MARIO CASTAÑO MONTOYA a manos de agentes de la policía nacional en hechos ocurridos el 4 de marzo de 1988 en el Municipio de Medellín.

"FUNDAMENTOS DE HECHO:

" Fueron enseñados de la siguiente forma:

" 1°. En la noche del 3 de marzo del presente año (1988), se encontraba el joven CARLOS MARIO CASTAÑO MONTOYA en una residencia vecina a la suya ubicada en la calle 104 A con cra. 74 A, concretamente en la residencia de la señora MARTA CALLE."

" 2°. Faltando pocos minutos para la una de la mañana el día 4 de marzo de este año, el joven Carlos Mario Castaño M., entró a su residencia ubicada en la calle 104 A N° 74 A- 61 de esta ciudad, en aparente estado de depresión y tratando de violentar una varilla de protección que tiene el patio de la casa. Por tal motivo su señora madre, MARIA JAEL MONTOYA, pidió protección a la policía con el fin de calmarlo y de que se lo llevaran a amanecer al permanente."

" 3°. En vista de tal llamada y siendo un poco más de la una de la mañana del mismo día 4 de marzo, se presentó a la dirección anotada una patrulla de la policía con 4 o 5 agentes."

·4°. Tan pronto como Carlos Mario se enteró de la presencia de los uniformados intentó huir lanzándose de la terraza de su casa a un solar vecino por temor a éstos."

" 5°. Tres de los agentes de policía que llegaron primero hasta la terraza hicieron llamado de alto al joven, sin que éste lo hubiera atendido a pesar de que le apuntaban con sus armas."

" 6°. En vista de la penosa situación presentada y dado que CARLOS MARIO ya no tenía por donde escaparse toda vez que era difícil volverse a subir a la terraza de su casa y los dueños del solar vecino tenían cerrada la puerta de acceso a la casa, la madre de Carlos Mario, señora Maria Jael Montoya, suplicó a los policías que dejaran al muchacho tranquilo que con eso él se iba a calmar y fuera de ello ya no tenía forma de salir de ahí hasta el amanecer; sobre todo les suplicó que no le apuntaran más con sus armas y que no fueran a disparar."

" 7°. No obstante que el joven Carlos Mario se encontraba desarmado y presentaba ninguna peligrosidad, sin atender a las súplicas de la angustiada madre, uno de los policías hizo un disparo, al parecer al aire, con el fin de asustar al muchacho mientras otro de ellos, se tiró a cogerlo al solar vecino y, casi de inmediato se oyó un segundo disparo, este sí en contra de la humanidad del joven Carlos Mario Castaño Montoya, causándole la muerte minutos más tarde."

" 8°. Luego de ocurrido esto, los policías obligaron al dueño del solar donde habían ocurrido los hechos, señor Gustavo Alvarez a permitir el acceso a la casa

para poder sacar el occiso quien fue conducido a Policlínica Municipal, pero todo fue inútil puesto que había fallecido a consecuencia del disparo."

" 9°. Los hechos ocurridos en el solar fueron presenciados por la señora Maria Jael, madre del occiso y por Adriana Lucía y Gloria Patricia Castaño Montoya, hermanas de aquel. También algunos vecinos los conocieron en ese momento."

" 10. Actualmente cursa en el Juzgado 91 de Instrucción Penal Militar, un proceso en contra de los agentes de policía que estuvieron presentes en ese procedimiento y en el cual se está tratando de investigar y aclarar los hechos que aquí se narran."

" 11. Hasta el momento no ha sido posible ver el expediente debido a que se encuentra cobijado por una reserva sumarial."

" 12. Aún cuando Carlos Mario Castaño Montoya no estaba laborando en la fecha en que ocurrieron los hechos, lo había hecho en varias oportunidades habiendo devengado el salario mínimo en el último empleo como auxiliar de mecánica, en un taller de propiedad del señor Milciades Lugo V. en el que laboró hasta el mes de enero del presente año."

" 13. El joven Carlos Mario, mientras tenía trabajo, colaboraba a su señora madre con los gastos del hogar, entregándole parte de su salario."

" 14. El fallecimiento de Carlos Mario ha ocasionado gran conmoción y dolor en las demandantes hasta el extremo de haber requerido tratamiento siquiátrico como se acreditará en el proceso."

" NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO:

" Encuentra la apoderada de los accidentes superados los artículos 16 y 20 de la antigua Constitución Nacional y el Reglamento de Servicio de Vigilancia urbana y rural para la policía nacional, haciendo algunas disquisiciones al respecto.

" POSICION DE LA ENTIDAD DEMANDADA:

" La Nación - Policía Nacional acudió a la controversia oponiéndose a las pretensiones, solicitando pruebas y alegando finalmente que todo lo ocurrido fue producto de la forma de actuar de Castaño Montoya.

" POSICION FISCAL:

" El Ministerio público, Fiscalía Tercera, es del parecer que las súplicas demandatorias deben prosperar al hallar responsabilidad de la administración.

" CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

" Se predica una falla en el servicio que jurisprudencialmente se ha desarrollado dentro de los siguientes lineamientos:

" La responsabilidad de la Administración conforme a la tesis de las " fallas del servicio", quedó, según la doctrina expresada, caracterizada en lo general, en los términos siguientes sin perjuicio de las precisiones que este fallo le introduce más adelante. (V.Nº 32 y 35)."

" a) Se sustituye la noción de culpa individual de un agente determinado, por la "falla del servicio", o culpa de la administración, desaparece en consecuencia la necesidad de demostrar la acción o la omisión de un agente identificado, es suficiente la falla funcional, orgánica o anónima."

"b) Se presume la culpa de la persona jurídica, no por las obligaciones de elegir y controlar a los agentes cuidadosamente puesto que las presunciones basadas en estas obligaciones no existen en la responsabilidad directa, sino por el deber primario del Estado de prestar a la colectividad los servicios públicos."

" c) Basta a la víctima demostrar la falla causante y el daño."

"d) El descargo de la Administración no procede sino la prueba de un elemento extraño (caso fortuíto, hecho de un tercero o culpa de la víctima."

" e) Si el daño se produce por el hecho de un determinado agente, en ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas, la Administración y el agente responden solidariamente al damnificado con ocasión del reembolso a favor de aquella."

" f) Los actos y omisiones dañosos del agente por fuera de los servicios públicos, general una responsabilidad exclusiva del mismo. (En sentencia de octubre 28 de 1976 - ponente doctor Jorge Valencia Arango)."

"Y la prueba testimonial y documental aportada le servirán al juez administrativo para formar un claro criterio sobre lo sustentado en el escrito primero, cuyos hechos textualmente se copiaron y en donde habrá de admitirse sin discución alguna, que el 4 de marzo de 1988 el joven Carlos Mario Castaño Montoya recibió muerte por el proceder de agentes de policía nacional que a solicitud expresa de la señora Maria Jael Montoya madre de la víctima, habían acudido a la calle 104 A Nº 74 A - 61, para capturarlo por hallarse en un estado anímico peligroso.

" Fueron declarantes de lo pasado y además de sus consecuencias, Ledy Eugenia Castillo Parra (folios 87), una especialista en Relaciones Industriales, Olga del Socorro Restrepo Ramirez (folios 91), Marta Lucero de Jesús Calle de Arias (folios 96), y Gustavo de Jesús Alvarez Gómez (folios 127), vecinos

y necesario es hacerse sobre sus deponencias, análisis de lo ocurrido el día de los acontecimientos relatados.

" Es de afirmarse que el dicho del señor Gustavo de Jesús Alvarez Gómez es el más enfático y narrativo y aunque inicialmente podría tachársele de interesado porque él mismo aceptó a preguntas de la sustanciación y de la parte demandada que no era el mismo que al rendido ante el Comando de la Policía, socavando así en parte su credibilidad, lo cierto es que su testigo ático por haber sido el vecino de la casa de los Castaño Montoya, porque por su propiedad entró la policía a recoger a la víctima y porque aún existiendo las reservas ya apuntadas, su exposición es coherente.

" Anotó Alvarez Gómez lo siguiente:

"...En primer lugar al señor Carlos Mario lo mataron dentro del solar de mi casa y en ningún momento el joven o niño se encontraba armado, porque la mamá pidió fue una orden de protección y no para que lo mataran. Preguntando: Donde se encontraba usted cuando lo mataron. Responde: en primer lugar cuando yo escuché el primer balazo yo me encontraba sentado en la cama en vez de tanto ruido y tanta bulla me levanté y miré por la ventana a la casa de doña Jael, a la plancha y ví muchas personas cuando observé bien ví los señores uniformados de la policía, que en un momento dado volvieron nuevamente a disparar en contra del joven Carlos Mario, que se encontraba en los predios del solar de mi casa, dicho el hecho los agentes dieron la vuelta y entraron directamente por mi casa, casi tumbándome la puerta de la residencia. Preguntando: Porque entraron por la puerta de su casa y a qué. Responde: Ellos entraron directamente por mi casa para sacar el cuerpo del señor Carlos Mario. Preguntando: Por qué dice ud. que dispararon los agentes de policía contra Castaño Montoya, Responde: En estos momentos los agentes de policía pensaron en que el señor Carlos Mario se encontraba armado, pero no era así, la señora Jael desde la plancha les decía de que se podían marchar porque ya habían cumplido con su misión, pero ellos no obedecían la orden de doña Jael. Preguntando: Por que afirma ud. que Carlos Mario no estaba armado. Responde: Yo afirmo porque en realidad cuando lo sacaron de mi casa no tenía ningún arma, ni en la mano ni en ninguna parte, lo afirmo con toda certeza. Preguntando: Por qué la madre de Carlos Mario llamó a la policía. Responde: La madre de Carlos Mario llamó a la policía para pedir que protección para que lo encerraran por una horas porque el joven se encontraba bajo los efectos de una droga para la epilepsia el joven siempre que pedía o tomaba droga pedía un arma para matarse, en vista de esto doña Jael llamó a la policía para pedir protección. Preguntando. Diga si ha declarado sobre estos mismos hechos y ante quien. Responde: La primera declaración que hice la hice en el Comando de la Policía Metropolitana. Preguntando: Diga si en la actualidad es vecino de doña Jael. Responde: No, doña Jael se retiró de su residencia, en estos momentos no se donde estará viviendo. Preguntando: Diga si era la primera vez que ella llamaba a la policía o antes lo había hecho. Responde: Doña Jael

ya llevaba varias veces de estas cosas así con el joven Carlos Mario, no era primer vez, hasta el momento nunca se había presentado un caso tan lamentable como el de ese día. Porque a ellos se les llamó fue para una orden de protección no de asesinato. Preguntando: A que se dedicaba Carlos Mario. Responde: Hasta el momento que yo tenga conocimiento el joven siempre se encontraba en la casa, no más. Preguntando: Cuántos agentes de Policía vió usted en el procedimiento, Responde: Cuatro (4). Preguntando: Por la apoderada de la parte demandante: Díganos la hora aproximada en que ocurrieron los hechos, a que nos estamos refiriendo. Responde: Las once o doce más o menos de la noche. Preguntado: En qué posición se encontraba Carlos Mario frente a los agentes de policía. Responde: Los policías se encontraban a una distancia prudente, a nivel, ellos en la plancha y Carlos Mario frente a la puerta que daba para mi casa, abajo de ellos. Preguntado: Díganos si Carlos Mario le era fácil huírle a los policías encontrándose en ese solar. Responde: No porque si él huía tenía que tumbar la puerta y estaba totalmente cerrada y la de la otra señora también estaba cerrada. El no tenía por donde huír en ese momento. A no ser de que me hubiera tocado la puerta y me hubiera pedido ayuda y él no lo hizo. Preguntado: En qué estado sacaron a Carlos Mario del solar de su casa, quien o quienes lo hicieron y qué comentarios se surgió en esas personas. responde: A él lo sacaron en estado ya de muerte, porque el joven no respiraba siquiera, yo personalmente lo ví, los policías uniformados lo sacaron, inclusive uno de ellos dijo: hay jue madre nos embalamos (sic). Los comentarios que ellos hicieron, ellos dijeron que: No ya para qué ya está muerto, en esos momentos lo tiraron al carro como un saco de basura, a un carro oficial de la policía. No ellos no hicieron ningún comentario, sino que groseramente casi me tumban la puerta para entrar. Preguntado: Díganos si usted presenció directamente los hechos. responde: Si, yo los ví directamente por la ventana del baño, ví todo. Preguntado: En algún momento, vió ud. a Carlos Mario armado, en caso afirmativo que clase de arma tenía. Responde: El joven Carlos Mariono tenía ninguna arma. Preguntado: Qué otras personas presenciaron estos hechos. Responde: Mis hijas y la señora mia, la suegra y los demás vecinos, no directamente no, ninguna. Preguntado: Recuerda usted donde se encontraba doña Jael y sus dos hijas cuando ocurrieron los hechos. Responde: Doña Jael se encontraba en la plancha de la casa de ella, en compañía de los agentes de policía y las niñas dentro de la casa. Preguntado: Presencio usted el momento en que cayó Carlos Mario. Responde: Cayó directamente no porque el se encontraba en una parte opuesta donde yo me encontraba mirando hacia afuera. Preguntado: Vió ud. cuando le dispararon. responde: Correcto, si. Preguntado: Vió. Responde: si le disparó un agente de la policía. Preguntado: Por que motivo resultó Carlos Mario en el solar de su casa. Responde: Carlos Mario resultó en el solar de mi casa, por una razón muy sencilla, de que él no quería ir a la Inspección, no es más. Yo en ningún momento le abrí. porque no es sino tirarse de la plancha al solar y se tiró para que no lo cogieran los policías. Preguntado: Recuerda ud. o alcanzó a escuchar la conversación que doña Jael sostuvo con los policías, en el momento en que estos apuntaban con sus armas a Carlos Mario. Responde: Doña Jael decía por favor no le lo maten (sic), no me lo mate no se puede ir, ya cumplieron con su misión." (sic).

" Y es que no se podía ignorar que efectivamente hubo un procedimiento en esa fecha donde intervinieron policias y muerto Carlos Mario, como se puede deducir del informe visible a folios 110 emanado de la Comandancia de la Tercera Estación de Carabineros y porque además los relatos de Olga del Socorro Restrepo de Ramirez y de Marta Lucero de Jesús calle de Arias también lo pregonan.

" La primera anotó lo siguiente:

" Preguntado: Diganos si cuando Carlos Mario se enfrentó a los policías, éste se encontraba armado. Respondió: Señorita, no le puede (sic) decir eso porque estaba muy oscuro y además él nunca llegó a cargar armas. Además, él quería un arma para matarse, por eso fue que se enojó porque no le daban un arma, o sea que él no pudo estar armado porque antes pedía un arma. Preguntado: Díganos si los policias que usted vió estaban uniformados y armados. Respondió: Uniformados habían tres policias y había un civil, no puede responder si estaban armados porque la oscuridad era mucha y la noche oscura, pero los disparos sí se oyeron en la plancha, se oyó uno al aire y otro como encocado."

" Y la señora Calle de Arias agregó:

"...solo lo que se oyó, él como era tan de la casa, él se mantenía jugando con los hermanos míos en la casa. El dia en que a él lo mataron unas horas antes había estado en la casa charlando y luego no recuerdo la hora, como nueve o diez de la noche, yo estuve charlando con él, él estaba arriba en la plancha y yo abajo, y él me dijo que estaba aburrido. Yo le pregunté que por qué, y dijo quería morirse porque la mamá salía a castigarlo con frecuencia. Ya después le dije que dejara de pensar tanta bobada y me entré y al rato sucedió la muerte de él. Nosotros ya nos habíamos acostado y sentimos unos tropeles en la plancha como cuando estan persiguiendo a alguien y al rato se oyeron dos disparos, uno al aire y otro como dentro de un hueco. Ya cuando al otro dia fue cuando nos dimos cuenta que habían matado a Carlos Mario."

" Es indiscutible que fue un proyectil disparado por un agente de la policía con arma oficial dentro de su obrar y sin que hubiera razón para actuar en la forma como se hizo, donde perdió la vida Carlos Mario Castaño hasta tal punto, que la Nación en su alegato de conclusión visible a folios 136 y siguientes, no discute el hecho y solo trata de dar explicaciones sobre las causas por lo que ocurrió, apuntando simplemente que se debió a la irresponsabilidad del fallecido que admitiéndose de antemano era una persona agresiva y drogadicta, de ninguna manera puede auspiciarse que la presencia de por lo menos tres uniformados que prácticamente lo tenían cercado en un solar, atentaran contra su vida, máxime cuando los representantes del orden no estaban corriendo ningún riesgo.

" Está pues así marcada una verdadera falla en el servicio, cuyo daño fue la muerte de Castaño Montoya un hombre de 18 años de edad que conforme al

informe del Instituto Seccional de Medicina Legal murió por las siguientes causas:

"Diagnóstico Macroscópico: Herida penetrante toraco-abdominal con proyectil de arma de fuego con orificio de entrada en hipocondrio izquierdo y en su dirección de izquierda a derecha de afuera hacia adentro y de arriba hacia abajo produjo heridas de pulmón, diafragma, hígado, bazo y riñon izquierdo con orificio de salida pare-vertebral dorso lumbar izquierda."

"Conclusión: El deceso de Carlos Mario Castaño Montoya, fue consecuencia natural y directa de shock hipovolémico secundario a herida penetrante toraco-abdominal con proyectil de arma de fuego. Lesiones con un efecto de naturaleza mortal. La supervivencia pudo ser de 48 años o más."

" Y configurados los elementos esenciales de la falla en el servicio, es de oportunidad sopesar sus consecuencias orientadas tanto a perjuicios morales como materiales.

" La señora Maria Jael montoya, madre de Carlos Mario quien originó los hechos lamentables al acudir a la policía para ponerle orden a su casa y detener a su hijo drogadicto, sufrió no solo como progenitora sino por las mismas circunstancias que rodearon los acotencimientos un máximo dolor traducido en la pérdida de su descendiente y en un factor de culpa que desenvolvió inclusive tratamiento psicológico, rechazo familiar y abandono del barrio donde vivía que de por sí servirán para señalar en el equivalente a mil gramos de oro los perjuicios morales por ella recibidos que serán y para las hermanas del occiso Gloria Patricia y Adriana Lucía Castaño Montoya equivalente a quinientos gramos de oro.

" Porque aunque fue demasiado concreta la prueba para enseñarle al fallador como estaba constituído el hogar y la unión que entre los hermanos había existido, lo cierto es que de las deponencias ya anotadas se desprende que convivían, que estaban presentes cuando ocurrieron los hechos y que igualmente tuvieron transtornos mentales y diferencias hogareñas motivadas por el suceso.

" En cuanto a los perjuicios materiales, la idea que Carlos Mario ayudaba al sostenimiento del hogar habrá que ignorarse, por que a la verdad cuando murió laboralmente no era activo y además todo lo aportado evidencia hasta la saciedad que su situación de drogadicto y enfermo, era una carga familiar y solo un esfuerzo mental e ilógico podría concretar que su desaparición le creó a su madre menoscabo económico, suficientes apreciaciones para que en este aspecto no existia alguna.

" Se reconocerán eso sí gastos de entierro al haberse demostrado con factura y aceptación de la funeraria, los cubiertos.". (fls. 150 - 159 cdno No. 1).

- II -

CONDUCTA PROCESAL DEL APODERADO DEL CENTRO DE IMPUTACION JURIDICA DEMANDADO.

Dentro del término que le brindó la ley para alegar, presentó el escrito que obra a folios 175 y siguientes del cuaderno N° 1, en el cual hace valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a que se revoquen los numerales 1° y 2° del fallo consultado, para lo cual argumenta dentro del sigiente temperamento:

" 1°. La sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia condena a la NACION a pagar a la señora MARIA JAEL MONTOYA el equivalente de mil gramos de oro y a ADRIANA LUCIA y GLORIA PATRICIA CASTAÑO MONTOYA, el equivalente de quinientos gramos de oro a cada una, de acuerdo con la cotización a la fecha de ejecutoria de la sentencia.

" 2°. Procedió el *a-quo* a declarar perjuicios morales a favor de la señora MARÍA JAEL MONTOYA, madre de la víctima, en la cuantía máxima autorizada jurisprudencialmente, o sea por " el equivalente de mil gramos de oro", orientado no solo por la presunción que beneficia a los progenitores, sino por el factor de culpa que le sobrevino luego de la tragedia, que motivó..." "tratamiento psicológico, rechazo familiar y abandono del barrio donde vivía..." (sentencia - hoja N° 9).

" Con el debido respeto, considero que el Fallador de primera instancia equivocó su apreciación respecto de la conducta de la madre, toda vez que en el proceso aparecen reiteradas manifestaciones hechas por los testigos, las cuales permites inferir que la conducta materna desplegada en este caso no se ajustó al alto ideal que usualmente se atribuye a la progenitora. En efecto la testigo LEDY EUGENIA CASTILLO PARRA, relata que CARLOS MARIO: ... "intentó varias veces matarse, todas frustradas por la madre y las hermanas" (folio 88); MARTHA LUCERO DE JESUS CALLE DE ARIAS, a folio 96 cuenta como CARLOS MARIO "...dijo que porqué quería morirse, porque la mamá salía a castigarlo con frecuencia...", y más adelante respondió: " problemas no, solo que ella solía castigarlo con frecuencia por los ataques que le daban y él se volvía como loco".

" LEDY EUGENIA CASTILLO PARRA, opina además que el tratamiento psiquiátrico de la madre se debió a su sentimiento de culpa y afirma que las hijas fueron hostiles hacia la madre (folio 89).

" El contexto familiar que se puede intuír de las distintas declaraciones, estaba rodeado de una atmósfera de alta tensión emocional, en la cual, la madre jugaba un papel de perturbación determinante, lo que explica la hostilidad hacia ella, de parte de sus hijas y el abandono del hogar por parte del padre.

" Una sociedad sostenida en el mito de la madre bondadosa, tiene la tendencia a ignorar inconscientemente actitudes que son fuente de grandes y cotidianas tragedias, por parte de algunas mujeres, calificadas por el psicoanálisis como " madres castradoras", y retratadas magistralmente por genios literarios, tales como F. Mauriac en su "Genitrix" o por August Stindberg en su obra de teatro " El pelícano", la que inevitablemente viene a la mente en este caso, en que parecen pertinentes las imprecaciones del hijo:

" MADRE. ¡ Eso son imaginaciones tuyas...! ¡Haz el favor de dejar de mecerte así...! ¡ Mírame a mí que he llegado a... bueno, a una cierta edad..., pero sin dejar nunca de trabajar y atender a todas las tareas y deberes para con mis hijos y mi casa! ¿ No es verdad que lo he hecho así?

" HIJO. ¡ Ah...! *¡ Pues fíjate en el pelícano, que no es verdad que diera su sangre, como se dice en los libros de zoología! ¡ pura mentira!*

"... ¡ Anda , *mírame pelicano,* y mira a Gerda, que está raquítica...! ¡ Cómo asesinaste a mi padre, eso lo sabes tú de sobra; cómo le llevaste a la desesperación, eso no lo castiga la ley; y cómo asesinaste a mi hermana, eso sabes tú mejor que nadie, pero ahora también lo sabe ella!

" No, no es suficiente acreditar el hecho biológico de la maternidad para que se reconozcan perjuicios morales, pues existiendo elementos de prueba, (tal como sucede en este caso) que informen la presunción afecto natural, se disponga una absolución por este concepto, tal y como lo planteó el Doctor Fernando Hinestroza en su célebre aclaración de voto efectuada en la sentencia proferida el 25 de febrero de 1982 por el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo, expediente N° 1651, Consejero Ponente Dr. Edmundo Suescún (sic), salvamento del cual transcribo:

" En el caso de muerte, por ejemplo, de persona allegada o vinculada al demandante por parentesco o por alianza, no es óbice la existencia de tal vínculo para disponer una absolución, siempre que aparezca que entre el occiso y el reclamante no había unión afectiva, sino indiferencia o aún odio, o de que, el deceso, lejos de haberle causado pena al demandante, le haya traído un alivio muerte de quien llevaba apenas una vida vegetativa y era sólo una carga - o inclusive su liberación.

" De lo cual se infiere que no basta la presunción de afiliación o pesar, fundada en la presencia de vínculos de parentesco o de alianza, para decretar la indemnización de un daño moral suponible y supuesto en atención de ellos, sino que el juez, en ejercicio de sus poderes de dirección formal y material del proceso, que hoy le son reconocidos por el ordenamiento procesal civil, y en cumplimiento de los deberes ajenos a ellos, debe, si por otras vías no apareciere dilucidado el asunto en el proceso, decretar de oficio la práctica de pruebas (art. 180 C.P.C.)

enderezadas a esclarecer la efectividad y aún la intensidad de esos efectos o sentimientos".

" PENAGOS, Gustavo (Derecho Procesal Activo. según la Jurisprudencia) (Librería Profesional. 1983, pág. 725 - 726).

" 3. PETICION.

" De conformidad con las razones expuestas, respetuosamente solicito se revoquen los numerales 1 y 2 de la sentencia consultada, en cuanto reconoció perjuicios morales, a favor de la señora MARIA JAEL MONTOYA, en el equivalente a mil gramos oro.".

- III -

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) El fallo consultado será confirmado, pues en él se hace una seria y jurídica valoración de todas las circunstancias particulares del caso, por lo cual cabe concluír que se ajusta, en todo su universo, a la ley y al derecho.

La falla del servicio quedó debidamente demostrada con las declaraciones rendidas dentro del proceso por GUSTAVO DE JESUS ALVARES GOMEZ, OLGA EL SOCORRO RESTREPO DE RAMIREZ y MARTA LUCERO DE JESUS CALLE DE ARIAS, cuyas deposiciones aparecen transcritas, en lo sustancial, en el fallo consultado, y a las cuales se remite.

La Sala hace suya la apreciación probatoria del *a-quo* cuando en uno de los apartes de la providencia, concluye:

" Es pues indiscutible que fue un proyectil disparado por un agente de la policía con arma oficial dentro de su obrar y sin que hubiera razón para actuar en la forma como se hizo, donde perdió la vida Carlos Mario Castaño hasta tal punto, que la Nación en su alegato de conclusión visible a folios 136 y siguientes, no discute el hecho y solo trata de dar explicaciones sobre las causas por lo que ocurrió, apuntando simplemente que se debió a la irresponsabilidad del fallecido que admitiéndose de antemano era una persona agresiva y drogadicta, de ninguna manera puede auspiciarse que la presencia de por lo menos tres uniformados que practicamente lo tenían cercado en un solar, atentaran contra su vida, máxime cuando los representantes del orden no estaban corriendo ningún riesgo".

En esta oportunidad la Sala destaca recordar la filosofía jurídica que se recoge en sentencia de 6 de septiembre de 1990, Expediente N°. 5059, Actor Eugenio Ibarra Mina, Consejero Ponente, Dr. Carlos Gustavo Arrieta Padilla, en la cual se lee:

"...esta jurisdicción, al ser la encargada de juzgar la responsabilidad adinistrativa del Servicio Público que es la Policía Nacional, debe tener muy presente que dicho servicio público tiene como función especial que lo define, entre otros, el manejo de situaciones por naturaleza similar a la que se refiere el presente proceso, y que sus miembros, por su mismo caracter de tales, deben estar preparados precisamente para enfrentar adecuadamente hechos como los que originaron el *sub lite*. Por ello no puede valorarse la legítima defensa de los agentes de la Policía Nacional, con ocasión del servicio a que estan obligados, en términos idénticos a los de un particular, puesto que para los primeros se supone una mayor profesionalidad y preparación en la forma de hacer frente a hechos relacionados con el orden público. Ello requiere, en consecuencia, que la muerte de un ciudadano cualquiera en circunstancias como las enunciadas en el *sub-lite*, y como producto de la legítima defensa, sea el desenlace inevitable que resulta del grave e inminente peligro para la vida de los agentes del orden público, peligro que no pudo ser conjurado por éstos aún a pesar de sus esfuerzos profesionales para capturar con vida al delincuente. Ello, indudablemente debe demostrarse en el proceso."

Si se trae a colación la posición jurídica y doctrinaria de la Corporación, respecto de la valoración normativa y fáctica que suele hacer, para casos como el presente, es porque resulta inaceptable, desde todo punto de vista, la argumentación que la apoderada de la Nación-Ministerio de Defensa, hizo en su alegato ante el tribunal, cuando pretende justificar la conducta de la policía diciendo: "...los señores agentes se disponían a coger al muchaho ante la presencia de su familia, pero el mismo se mostró agresivo, hasta el punto de tirarles piedras y *amenazándolos con un palo,* los agentes se limitaban a esquivar y resguardarse de los ataques, el joven según los testigos tenía mucha fuerza y no se dejaba agarrar. (Fuerza que seguramente se la daba la droga bajo cuyos efecto se hallaba)... Es por ello que uno de los uniformados tuvo la idea de efectuar disparos para asustarlo y así lograr amedrentarlo, no sin antes saber a la señora MARIA JAEL, *se efectuó un primer disparo al aire, el segundo disparo lamentablemente dió en la humanidad de CARLOS MARIO, no había intención de herirlo ni mucho menos matarlo, se quería como se dijo asustarlo, pero por azar la bala se incrustó en su cuerpo; es de anotar que ninguno de los declarantes afirmó haber visto que el agente que disparó dirigiera su arma hacia CARLOS MARIO, a ninguno le consta que lo hubiera hecho; si algo grave puede sucederle como efectivamente aconteció con la víctima CARLOS MARIO, fue producto de su propia culpa, aspecto éste que exonera de responsabilidad al Estado"* (C 1, fol. 139) (subrayas de la Sala).

La anterior forma de defender a la Nación - Policía Nacional, conturba, pues es demostrativa del poco respeto que se profesa por la dignidad de la persona humana, a la cual se le dispara pidiéndole prmiso a los seres queridos, como si el objeto de cacería fuera un animal irracional. Si en el expediente no existieran los medios probatorios que periten concluír que en el *sub-lite* se dió la falla del servicio, se podría llegar a esta misma verdad jurídica con solo leer el alegato de defensa presentado por la mandataria de la Nación. La tesis de que no existió la intensión de herir, pero sí la de ASUSTAR, permite traer a colación las enseñanzas de Victor

E. Frankl cuando recuerda la condición que suele darse en los individuos neuróticos, esto es, la ANSIEDAD ANTICIPATORIA. " Es característica de ese temor - dice - el producir precisamente aquello que el *paciente teme*." Por ello agrega: " El deseo es el padre del pensamiento" y " el miedo es la madre del suceso". " Por irónico que parezca, de la misma forma que el miedo hace que suceda lo que uno teme, una intención obligada hace imposible lo que uno desea a la fuerza" (El Hombre en Busca de Sentido, Herder, pág. 118).

El manejo de situaciones, con el universo que tiene la que dió lugar a este proceso, no justifica por ningún motivo el uso de las armas. Por lo demás éstas no son juguetes que se puedan emplear para generar miedo en enfermos mentales o drogadictos, salvo que quienes así proceden rindan culto al nihilismo, que es la aseveración de que el ser humano carece de significación.

B) La Sala patrocina la condena que por perjucios morales hizo el *a-quo* en favor de la señora MARIA JAEL MONTOYA (madre) y de las hermanas el occiso ADRIANA LUCIA y GLORIA PATRICIA CASTAÑO MONTOYA, por un mil (1000) gramos de oro fino para la primera, y por quinientos (500) gramos del mismo metal para cada una de éstas. Igualmente, la que se decretó por perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente en favor de la madre el finado.

En esta materia la Sala reitera que el afecto se presume en tratándose de los padres que reclaman por la muerte del hijo. Por lo que hace relación con las hermanas ya citadas, el *ad-quem* encuentra probado que éstas vivían bajo el mismo techo con el joven enfermo, y que solían acompañar a la madre cuando lo llevaban al médico. La deponente Marta Lucero Calle, ilustra al fallador dentro de la siguiente óptica:

> " Siempre cuando ella tenía que ir, nos dábamos cuenta, que llevaba - a Carlos Mario - porque tenía que ir por los ataques que le daban. Los tres, las dos niñas de ella y Carlos Mario" - (C 1, fol. 98).

El deponente Gustavo de Jesús Alvarez Gómez, también testimonia en el sentido de que CARLOS MARIO CASTAÑO vivía con su madre y hermanas bajo el mismo techo, al declarar dentro del siguiente temperamento:

> " PREGUNTADO. Qué personas vivían con Carlos Mario. Responde: Su mamá, sus hermanas y su padre" (C 1, fol 130).

La Sala no hace suya la perspectiva que maneja el apoderado de la Nación -Policía Nacional, en su alegato en esta instancia, cuando cuestiona a la madre del occiso porque esta solía castigarlo con frecuencia, y porque después del fallecimiento el hijo tuvo "sentimiento de culpa", incentivado por las dos hijas que " fueron hostiles hacia la madre". Y no la patrocina, porque de la prueba aportada no se desprende que ella hubiera abusado de ese derecho, o que hubiese actuado determinada por sentimientos de odio hacia su descendiente. Tampoco puede afirmarse que sea responsable de la muerte del ser querido por la simple circunstancia de que llamó

a la pol cía, para que atendiera un caso sencillo y elemental de perturbación de la vida familiar. La misma depresión que tuvo con ocasión de la muerte de CARLOS MARIO y a la cual se refiere la especialista en relaciones industriales, en la declaración que obra al folio 87, es demostrativa del dolor moral que la trágica desaparición de éste le produjo. En lo pertinente de esta deposición se lee:

> " El motivo de consulta de la paciente era encontrarse en ese estado de excesiva tensión y tristeza por la muerte de un hijo, que a la vez le había provocado desórdenes matrimoniales y en relación con las hijas".

Para la Sala resultan excesivos los comentarios que el citado procurador hace en relación con el llamado " MITO DE LAS MADRES BONDADOSAS" y considera que la demandante, señora MARIA JAEL MONTOYA, no encuadra en el calificativo que el citado profesional del derecho toma del psicoanálisis, que por lo agresivo, no se cita en este fallo. Las madres merecen respeto, y sobre su dolor no se debe edificar ninguna defensa torpe para absolver a persona alguna.

Em 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

F A L L A :

PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia apelada calendada el dia (15) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, dentro del proceso del rubro, por las razones dadas en los considerandos de este proveído;

SEGUNDO: Ejecutoriado el presente fallo, devúelvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA

Aparece probado que la víctima fue echada en la patrulla, de la cual intentó fugarse, siendo recapturado para ser introducido nuevamente en ella, donde fue víctima de golpes en las manos y en los pies. Resulta imposible para el *ad-quem* aceptar que la joven víctima falleció como consecuencia de la pedrada que recibió (en anterior trifulca), en la parte inferior de la oreja izquierda, que era pequeña y casi no sangraba. El detenido tiene derecho a exigir que se le respete su dignidad como persona, porque como tal, vale más que todo el universo inanimado. En la Constitución se preceptúa que el derecho a la vida es inviolable y no habrá pena de muerte. Igualmente, que nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Dentro de este universo cabe predicar que el respeto a la vida de los semejantes es la primera ley de la existencia, ya que nadie puede conservarse así mismo si no tiene una idea exacta de lo que significan los demás.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., mayo veintiocho (28) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Dr. Julio Cesar Uribe Acosta*

Referencia: Expediente N° 6557; Actor: Marco Tulio Cespedes Rodriguez y Otros; Demandado: La Nación- Policía 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 en día diecinueve (19) de diciembre de mil novecientos noventa (1990), proferida por el Tribunal

Administrativo del Tolima, en virtud del cual se denegaron las pretensiones de la demanda, por las razones que se precisan en el referido proveído.

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

" Por medio de apoderado y en demanda presentada el 7 de marzo del año pasado, MARCO TULIO CESPEDES RODRIGUEZ, ARGELIA VARON DE CESPEDES, para ellos y representando a ANA MARIA CESPEDES VARON Y NESTOR GUILLERMO CESPEDES VARON, piden contra LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - y POLICIA NACIONAL, lo siguiente:

" Que se declare que La Nación es responsable de la totalidad de los daños y perjuicios causados a los actores con la muerte de Carlos Eduardo Céspedes Varón, ocurrida el 25 de diciembre de 1987 y que como consecuencia se le condene a pagar el equivalente en pesos de 1000 gramos oro como perjuicios morales y como perjuicios materiales en favor de los padres el valor de la pérdida de la crianza del hijo; del derecho, abstractamente considerado de exigirle alimentos de la ayuda que venían recibiendo de él en trabajo y dinero junto con sus intereses y en favor de todos por lo que les cueste el pleito incluído lo que deben pagar a los abogados para hacer valer sus derechos.

" Subsidiariamente y en el supuesto de no existir bases para llevar a cabo una liquidación matemática que se les fije el equivalente de 4000 gramos de oro fino.

" Como hechos que le sirven de soporte el petitum anterior expone los siguientes:

" 1. El día 25 de diciembre de 1987 falleció en la ciudad de Ibagué, como consecuencia de graves traumatismos, el joven CARLOS EDUARDO CESPEDES VARON.

" 1.1. CESPEDES VARON había asistido a una fiesta navideña y, en las primeras horas de la madrugada, cuando venía para su casa, necesariamente tuvo que pasar la puerta de entrada al Barrio LA CAMPIÑA donde varios pandilleros lo asediaron.

" 1.2. Al tiempo con el asedio llegó la Policía que ya había sido llamada por los vecinos y CARLOS EDUARDO, al verse agredido por los pandilleros, corrió hacia el lugar donde se encontraban los agentes en búsqueda de protección.

" 1.3. Pero los agentes de la Policía en vez de prestarle protección, precipitada e irresponsablemente, lo detuvieron y lo molieron a golpes, mientras lo metían junto con DAVID RAMIREZ TOCORA a la celular número 504.

" 1.4. Otro que pretendieron llevarse, JORGE ALEXANDER VEGARA (sic) GUZMAN, asustado por los maltratos y los golpes que ya dentro de la celular le seguían dando a CESPEDES VARON se tiró del vehículo y salió en carrera; le dispararon por la espalda pero la buena fortuna se la jugó a la mala punteria de los agentes y logró volarse, con vida.

" 1.5. Llevados los retenidos, RAMIREZ TOCORA y CESPEDES VARON a la Subestación JORDAN, fueron separados y metidos a distintas celdas: aquél recobró su libertad dias después y éste, le fue entregado muerto a sus padres el dia siguiente.

"2. CARLOS EDUARDO CESPEDES VARON nació el 6 de febrero de 1968.

" 2.1. Era hijo de ARGELIA y MARCO TULIO, nacidos, en su orden, el 1° de noviembre de 1958 y el 28 de septiembre de 1948, y con una supervivencia de 48 y 39 años, respectivamente.

" 2.2. Quienes le sobreviven junto con sus sus (sic) hermanos ANA MARIA y NESTOR GUILLERMO CESPEDES VARON.

"3. La muerte de de (sic) CARLOS EDUARDO causó a sus padres y hermanos daños y perjuicios.

"*morales,*

" debido al duelo que, aún en casos de muerte natural suele embargar a unos y otros cuando falta el hijo y el hermano y que, por tanto, hay que presumir, agravados, en el caso:

" a) Por las circunstancias especialmente crueles e inusitadas que rodearon el hecho, particularmente por la calidad de los autores del procedimiento, obligados a proteger a las personas y dar buen trato a los detenidos;

" b) Por la vida en común y bajo el mismo techo, y,

"c) Porque todos lo querían mucho.

" *materiales,*

" resultantes:

" a) de lo que van a tener que gastar de su bolsillo o de lo que reciban del pleito, para cubrir los gastos del mismo y pagarle a los abogados.

" Dicha erogación implica un empobrecimiento debido al procedimiento policial antes mencionado y, por lo tanto un típico daño resarcible.

" Para los fines de la demanda alego que los honorarios valen, cuanto menos, lo que la ley fija a los abogados de pobres por sus gestiones.

" b) Los padres de CARLOS EDUARDO tuvieron que gastar gruesas sumas de dinero en criarlo (en el sentido más amplio de alimentarlo, vestirlo, educarlo, etc.) y, además, tiempo y trabajo, que valen dinero, dinero representado en el hijo mientras vivió, pero que se volvió ceros con su muerte, y que no tienen por qué perder en provecho de la NACION, autora del daño.

" c) Perdieron, también, el derecho, abstractamente considerado, de exigirle alimentos, y la pérdida de un derecho constituye, de por sí, otro daño resarcible.

" d) Finalmente, los padres de CESPEDES VARON VIERON frustada la ayuda económica que ya empezaba a darles, pues, al momento de su muerte, trabajaba con el papá (no obstante que también estudiaba) y antes había trabajado, de noviembre de 1984 a mayo de 1986, en COMERCIALIZADORA DE ALIMENTOS, S.A., con sueldo mensual de $22.000.oo y en la COMPAÑIA NACIONAL AGRICOLA, CONALGRO, de junio a octubre de 1987, con sueldo mensual de $35.000.oo, cuya mitad, por lo menos, entregaba a uno y otro,

" 4. Daños y perjuicios, todos los anotados, no desligados causalmente del procedimiento policial de que se dió cuenta (sic) y que culminó con la muerte del joven CARLOS EDUARDO.

" 5. Que la NACION debe dejar totalmente indemnes,

" 6. Si, como se dice, es verdad que somos un Estado de Derecho."....

" Rituado el proceso en la forma que le es propia a la demanda, reunidos los presupuestos procesales y no advirtiendo vicio que genere nulidad alguna, procédase a despachar esta instancia luego de las siguientes CONSIDERACIONES:

" 1°.- La responsabilidad que reclaman de La Nación la apoyan en el hecho de que la muerte del señor Carlos Eduardo Céspedes fue ocasionada por los politraumatismos hallados en su cuerpo dados los maltratos y golpes propinados por Agentes de la Policía el 25 de diciembre de 1987.

" Examinadas las pruebas recogidas en este proceso se tiene que está suficientemente acreditado lo siguiente:

" a) En la madrugada del día que se acaba de citar, más o menos a las cuatro y media de la mañana en sitio próximo al barrio o urbanización La Campiña de esta ciudad se presentó un enfrentamiento entre varias personas jóvenes, habiendo allí recibido un golpe con una piedra el mencionado Carlos Eduardo Céspedes. De esto no hay duda porque lo declaran las personas que en ese

momento percibieron el hecho tal como el señor Jorge Alexander Vergara, David Ramírez Tocora y César Augusto Saray Cadena. El primero afirma que Carlos fue a darle la queja a los policías y que lo habían escalabrado alegando que le vio la herida" en la parte inferior de la oreja izquierda" y que casi no le sangraba. El segundo dice que estaba allí porque era el celador de turno en ese barrio cuando se formó una riña entre dos grupos y comenzaron a lanzar piedras y Céspedes le dijo que le habían pegado una pedrada. El señor Saray Cadena sostiene que los agarraron a piedra habiendo visto que Céspedes estaba furioso porque lo habían roto detrás de la oreja izquierda.

" b) El estado físico y mental en que se hallaba Carlos Eduardo Céspedes era normal según así se desprende de lo dicho por estos mismos declarantes y efectivamente se da cuenta cómo él al recibir el golpe en la parte posterior de la cabeza fue a informar a los Agentes de la policía que acababan de llegar habiéndolo ellos retenido e introducido en el automotor que se movilizaban; de allí trató de evadirse y fue capturado nuevamente y luego conducido en compañía del celador Ramírez Tocora a la sede de la subestación de policía del barrio Jordán.

"c) En poder de los agentes de la policía el retenido Céspedes Varón fue objeto de malos tratos y golpes desde el momento en que fue introducido al automotor tal como lo percibió el declarante Jorge Alexander Vergara y esto se acredita también con el documento que contiene la necropsia en donde se lee que al hacer el examen interno y externo del cádaver se le hallaron lesiones como las descritas, en la región supercilar media izquierda, en la rodilla derecha, en la región premaleolar interna derecha, etc. Así mismo el profesional médico Ramiro Lozano Neira en declaración rendida en éste proceso sostiene que le fueron solicitados sus servicios para atender a dicho paciente quien se encontraba descerebrado, intubado y con respiración ayudada, por un trauma cerebral y politraumatismos varios en el cuerpo o lo que es lo mismo con varios golpes los que se evidenciaban por hematomas o morados en la región toráxica y abdominal y sangre en el cuero cabelludo.

" Consta también en el registro que se hizo en el hospital Federico Lleras Acosta a donde el paciente fue llevado por la policía a las once y veinte de la mañana del día 25 de diciembre que en ese momento ya se hallaba inconsciente habiéndosele encontrado una herida en la cabeza, en la región mastoidea izquierda y otras escoriaciones pequeñas allí mismo.

" A las tres de la tarde de ese día fue llevado a la Clínica Tolima y en la copia de la historia que allí se le sentó se le diagnosticó un hematoma subdural agudo y ya se hallaba en coma profundo habiendo fallecido en ese establecimiento de asistencia.

"2°.- El aspecto fundamental es el relativo a si el fallecimiento ocurrió por la concurrencia de estos golpes con el recibido inicialmente por Céspedes Varón cuando se presentó la riña en el barrio La Campiña o si fue éste únicamente.

" Aunque en la demanda y en el alegato de conclusión son los demandantes enfáticos en sostener que fue por los primeros, ésta Corporación no llega a esa misma conclusión porque las pruebas técnicas arrimadas no arrojaron esa certeza.

" Ya quedó dicho que el señor Carlos Eduardo Céspedes antes de ser aprehendido por la policía había recibido un golpe en la parte posterior inferior de la oreja izquierda y que es el que las historias clínicas aportadas mencionan y que la necropsia refiere al hacer el examen externo del cadáver como ligero edema y escoriaciones en regiones temporal y retroauricular inferior izquierdas y que según el examen interno produjo la hemorragía en el músculo temporal y la fractura continúa con hundimiento en esa misma región izquierda.

" Se afirma lo anterior porque si fue en ese sitio de su cuerpo en el que recibiò el trauma el señor Céspedes Varòn y sobre lo cual no existe duda y los mismos accionantes asi lo aceptan cuando afirman que èl se acercó a los policìas " a denunciar la lesión recibida en la cabeza ", lo que se halló internamente en la exploración que hizo el legista es consecuencia de ese golpe y para afirmar lo contrario tendrìa que haberse acreditado plenamente que la intensidad no fue lo suficiente para que produjera esas consecuencias y por tanto estas tuvieron que haber sido de otros que posteriormente le hubiesen propinado caso en el que habrìa que sostener que fue de parte de quienes lo habìan retenido.

" Sostienen los demandantes que el hecho de que el lesionado hubiese tenido una actividad inmediata normal al punto que pretendiò evadirse del lugar en que lo tenìan esto indicaba que la lesiòn que habìa recibido de parte de quienes lo desafiaban no era lo suficientemente contundente para que produjera esa hemorragìa a la postre determinante para la muerte, afirmaciòn que no es prohijada por los mèdicos que han conceptuado en ese asunto como son los doctores Alfonso Dìaz y Jesùs Ramòn Rivera, Neurocirujanos quienes como peritos razonan que mientras se hace la colecciòn de sangre epidural el paciente puede aparentar actividad fìsica y mental normales sin que exista un tiempo determinado de progresiòn de los sìntomas pues esto es directamente proporcional a la velocidad de la hemorragìa dependiendo tambièn del calibre de la arteria lesionada.

" Segùn el mèdico forense el hematoma epidural fue de naturaleza simplemente mortal (folio 22 cuaderno nùmero 2) y no hubo concurrencia de otros traumas que incidieran en la apariciòn de la muerte.

" En lo anterior coinciden los Neurocirujanos atràs citados quienes se expresan en el sentido de que aquel es suficiente para causar la muerte prematura ya que las otras lesiones no encierran tal gravedad.

" En el alegato de conclusión y haciendo suyas las apreciaciones de lo dicho por el Mèdico Coordinador de la Oficina Tecnicocientìfica de la Procuradurìa General de la Naciòn, el señor apoderado de los demandantes sostiene que " los

politraumatismos recibidos y descritos, distintos al del trauma craneano no modifican el proceso de evoluciòn de la hemorragìa intracraneal cuya causa generadora fue determinada inequìvocamente en el procedimiento de necropsia, como fue el trauma recibido a nivel de cràneo con fractura a nivel de temporal izquierdo conminuta (sic) con ligero hundimiento; contusiòn hemorràgica en lòbulo temporal izquierdo con pequeña laceraciòn en èste sitio.".

" Segùn lo anterior los otros golpes hallados en el cuerpo del varias veces citado Carlos Eduardo Cèspedes no incidieron ni concurrieron para su muerte habiendo sido suficiente el trauma recibido en la cabeza y de que los testigos dan suficiente cuenta y lo localizan en la parte posterior de la oreja izquierda, o en la parte posterior de la oreja segùn otro sin que la escasa salida de sangre o la actividad normal del lesionado descarten las graves consecuencias como la hemorragìa por la lesiòn a la arteria epidural lo que nos indica que inclusive ha podido externamente no obsevàrsele ningùn signo pero internamente se estaba evolucionando para llegar al momento definitivo de la muerte.

" Significa lo dicho que para el Tribunal no existe la prueba del hecho alegado por los demandantes en el sentido de que los politraumatismos hallados en el cadàver fueron los que concurrieron para el deceso ni menos que hubieran sido los ùnicos, independientemente del que se encontrò en la cebeza. Por el contrario ha quedado plenamente establecido que recibiò un trauma con una piedra momentos antes de que fuera tomado por la policìa y esto fue lo que causò la hemorragìa definitiva.

" 3°. El mismo escrito de conclusiòn parte de la eventualidad que ùnicamente hubiera recibido el politraumatismo craneano y que dada la especial circunstancia del buen estado de salud del ahora fallecido, si el paciente hubiera recibido antenciòn mèdica adecuada y oportuna esto hubiera superado.

" Sin embargo en el acto demandatorio este presupuesto de hecho no fue expuesto y por constituìr un fenòmeno diferente no puede el Tribunal analizarlo para apoyar una decisiòn condenatoria contra La Naciòn porque la estarìa sorprendiendo a estas alturas del proceso con cuestiones no propuestas ni debatidas o por lo menos se le habrìa quitado la posibilidad al demandado de defenderse frente a este acto omisivo que tardìamente se le està endilgando. El libelo se refiere a un hecho concreto como es el que fueron los agentes de la policìa los que con sus actos violentos causaron las lesiones y a su vez produjèron la muerte del señor Carlos Eduardo Cèspedes y de ahì no puede salirse el fallador a menos que un determinado hecho que le vaya a servir para la decisiòn haya sido materia de debate en el proceso asi no hubiera sido expuesto por las partes inicialmente.

" En mèrito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Tolima, de acuerdo con el concepto fiscal administrando justicia en nombre de la Respùblica de Colombia y por autoridad de la Ley,

"F A L L A :

" NEGAR las pretensiones de la demanda y condenar en costas a los actores.". (fls. 86 - 96 Cdno N°1).

- II -

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 102 y siguientes del cuaderno N° 1, aparece el escrito en que el procurador judicial de los demandantes hace sus valoraciones de naturaleza jurìdica y fàctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual èl ha estudiado el caso, para lo cual discurre dentro del siguiente universo:

" 1. La sentencia recurrida niega todas las pretensiones deducidas en la demanda inicial del litigio, por dos razones:

" A.- Que la muerte de CARLOS EDUARDO CESPEDES VARON tuvo como causa ùnica la contusiòn recibida en " la parte inferior de la oreja izquierda", recibida minutos antes de ser aprehendido por la policìa y que los otros " politraumatismos "no fueron causa concurrente de la muerte del interfecto;

" B.- Que la demanda no menciona como *" causa petendi"* la falta de oportuna asistencia mèdica y, por lo tanto, ella no puede ser estudiada por el juzgador.

" II.- Me refiero, en su orden, a los puntos anteriores:

" A.I.- La necropsia, practicada por mèdicos oficiales y el dictamen del mèdico al servicio de la Procuradurìa General de la Naciòn, hablan de hallazgos en el cadàver de Cèspedes, de politraumatismos, asì:

" 1) En el crànео: a) de leve contusiòn en la " parte temporal izquierda " o parte inferior de la oreja izquierda con leve hundimiento; b) *escoriaciones en la regiòn supraciliar;*

" 2) Lesiones contusas en cara posterior del lòbulo pulmonar izquierdo;

" 3) Fracturas de segundo arco costal posterior derecho;

" 4) *Hemorragia puntiforme en pleura parietal media posterior derecha;*

" 5) Areas de contusiòn en lòbulos pulmonares superiores e inferiores derecho (caras posteriores).

" II.- Lo anterior quiere decir que hubo " politraumatismo" grave, con lesiòn y hundimiento toràcico (sic), fractura de costillas, lesiones pulmonares,

contusiones abdominales y testiculares sobre las cuales el Tribunal, con base en un concepto mèdico particular muchos meses despuès del deceso, dice que nada tuvieron que ver con la muerte de Cèspedes o, a lo mejor, que todas fueron producidaspor la pedrada recibida en la " parte inferior izquierda". No fueron siquiera concurrentes como causa mortal. Fueron inanes.

" III.- Pero tengase en cuenta:

"1) Que mèdicos y testigos estàn de acuerdo que la lesiòn por pedrada, sufrida por Cèspedes, minutos antes de su aprehensiòn, fue "EN LA PARTE INFERIOR DE LA OREJA IZQUIERDA", es decir, en el temporal izquierdo y que segùn la necropsia, entre los " politraumatismos", aparecen "LEVES ESCORIACIONES *SUPRACILIARES* CON LEVE HUNDIMIENTO CRANEANO".

" 2) Luego: la *fractura craneana,* fue doble: en el *temporal* (pedrada) y en el *parietal,* encima de las CEJAS, causada por los golpes y torturas de los policìas captores, pues sucediò entre la aprehensiòn y su estado de inconsciencia.

" 3) Asì, por lo demàs, lo certifican los peritos mèdicos designados, de oficio por el Tribunal:

"*CONSIDERAMOS QUE LA ESCORIACION SUPRACILIAR Y LOS HALLAZGO TEMPORAL Y TEMPORO-PARIETAL IZQUIERDOS SON SECUELAS DE LESION CONTUSIVA QUE PRODUJO FRACTURA DE CRANEO CON MINUTA Y LIGERO HUNDIMIENTO EN REGION TEMPORAL IZQUIERDA: DEBIDO A ESTA LESION, SE PRODUJO HEMATOMA EPIDURAL. LESION QUE SI NO ES INTERVENIDA A TIEMPO ES MORTAL*".

"4) Por tanto, SIN FALSEAR el anterior dictamen NO SE PUEDE SOSTENER que la fractura craneana y el hematoma epidural tuvo COMO CAUSA UNICA la pedrada recibida en la zona inferior del temporal izquierdo, parte inferior de la oreja izquierda.

" 5) Por lo mismo, se impone la conclusiòn, con base en testigos y dictamenes mèdicos, que tanto la fractura craneana como el hematoma epidural, es decir, que la causa de la MUERTE fue, en forma concurrente, tanto la pedrada en la parte inferior de la oreja izquierda como la contusiòn en *la zona supraciliar derecha,* o sea, *encima de la ceja.*

" Esto es suficiente, aùn dado por aceptado que las graves lesiones pleuriticas, costillales, pulmonares, abdominales y testiculares, fueron CARICIAS, para concluir que la NACION es administrativamente responsable por la muerte de CARLOS EDUARDO CESPEDES y, consecuencialmente, asì debe declararse en la sentencia de segunda instancia, previa revocatoria de la recurrida, con la consecuente condena a tenor de las peticiones del libelo inicial del litigio.

" B.- La demanda inicial, relaciona la *causa petendi,* asì:

" II.- *HECHOS Y OMISIONES FUNDAMENTALES DE LA ACCION.*

" 1) Los fundamentos de la demanda, son pues, *hechos* y *omisiones.*

"2) Cuàles los *hechos?* Dice el libelo que Cèspedes fue agredido por la policìa, que lo golpearon, lo torturaron y solo cuando estaba inconsciente, lo llevaron a un hospital.

" 3) Cuàles las *omisiones?* Dice la demanda y lo corroboran los testigos, que ante la agresiòn sufrida por Cèspedes - una pedrada - al ver llegar la policìa (hecho 1.2) corriò " *en bùsqueda de protecciòn* ", pero que los policìas " *en vez de prestarle protecciòn, precipitada e irresponsablemente, lo detuvieron y lo molieron a golpes...* " (hecho 1.3.).

" 4) Cuàl protecciòn pedìa Cèspedes? Què protecciòn puede pedir quien acaba de ser " descalabrado"? Que lo detengan? Que lo muelan a palos? NO. Lògica elemental, verdad evidente, conclusiòn de Perogrullo, que le atiendan la descalabradura.

" 5) Basta, para los fines del recurso, la conclusiòn de que PIDIO PROTECCION Y *NO SE LA DIERON,* a menos que los jueces de la Repùblica tengan por tal golpiza brutal a la que lo sometieron.

" 6) Con *tècnica procesal canònica,* segùn la cual el laconismo en la exposicion de los hechos es exigencia normativa, aparecen, en la demanda, relatados *los hechos* y *las omisiones* que sirven de *causa petendi* a las pretensiones del libelo y no puede, por tanto, decirse que la omitida atenciòn mèdica resulta ajena al proceso.

" 7) Sobre el anàlisis probatorio de *los hechos* y *las omisiones,* ME REMITO al alegato de conclusiòn presentado ante el *a-quo,* el cual doy aquì por reproducido.

" 8) Por las razones anteriores, se impone la revocatoria de la sentencia apelada para declarar la responsabilidad administrativa de la Naciòn y las condenas impetradas en el libelo.".

- III -

VISTA FISCAL

La Fiscal Sèptima (e) del Consejo de Estado, Dra. GLORIA ALDAS GRACIA, en su concepto de fondo, *OBSERVA:*

"Nos encontramos en un caso donde se incoa la Acciòn de Reparaciòn Directa y Cumplimiento preceptuada en el Art. 86 del C.C.A, por la muerte violenta padecida por el jòven de 19 años Carlos Eduardo Cèspedes Varòn, dentro de la cual se pretendìa obtener una responsabilidad en contra de la Naciòn. Ministerio de Defensa, Policìa Nacional por omisiòn y negligencia de los Agentes del òrden en prestarle la asistencia mèdica requerida, lo cual hizo más gravosa la situación personal, clínica y craneana de la víctima, hasta el punto de causarle la muerte.

"El dia 24 de diciembre de 1987, la vìctima, Cèspedes Varòn asistiò a una fiesta navideña y cuando pretendìa encaminarse a su residencia, al arribar a su barrio La Campiña se hallò con un desorden a piedra entre bandos del anotado barrio y otro ajeno al mismo, habiendo sido golpeada con una piedra en la cabeza; momentos màs tarde hizo apariciòn la Policía 4 agentes motorizados y una patrulla con 3 agentes más.

" El jòven Carlos Eduardo se acercò a solicitar protecciòn y a denunciar la lesión sufrida en la cabeza, pero contrariamente a sus pretensiones, en vez de encontrar apoyo y protecciòn, fue vulnerado física y moralmente, metido en la patrulla donde recibiò golpes, esposas y llevado privado de su libertad y aislado a la Comisarìa. Aproximadamente a las 10:30 de la mañana fue conducido a un hospital y luego a una clìnica donde falleciò ese mismo día 25 de diciembre de 1987.

" Lo escuetamente narrado en el párrafo anterior, fue a grosso modo lo que sucediò en la noche del 24 de diciembre y amancer del 25 del año de 1987 cual riñe abiertamente con los postulados en los cuales està cimentada la Policía Nacional, en primer lugar, le negaron la protecciòn solicitada y en segundo, lo privaron de su libertad de manera injusta, lo cual no le permitió al jóven acudir personalmente o por intermedio de su familia a solicitar la asistencia médica inmediata con lo cual se le hubiese realizado el tratamiento simple de drenaje de la hemorragía craneana lo que le hubiera salvado la vida, ya que la lesión no hubiese tomado las dimensiones a las que llegó, por este aspecto, no solo por omisión como se analizará más adelante, sino por acción se presenta de manera palmaria falla en el servicio. Las autoridades, están instituidas precisamente y según precepto constitucional para salvaguardar la vida, honra y bienes de los asociados, amén de que se trate del delincuente más avezado, en caso de encontrarse herido y requerir asistencia médica están en la obligación primaria de prodigarsela.

"Las declaraciones y el abundante acervo probatorio arrimado, nos indican que así la causa final de la muerte del jóven Céspedes Varón hubiese sido la hemorragía craneana producida por la pedrada que recibió, hubo negligencia y procedimiento anómalo por parte de la Policía, quienes no le prestaron la protecciòn solicitada, no le prodigaron asistencia médica, y lo que es peor lo golpearon cruelmente sin detenerse siquiera a examinar quién era o qué condiciones físicas y síquicas se encontraba. El estado precario de salud en que

ingresó al Centro Asistencial, fue consecuencia lógica y natural de la inercia y pasividad de los agentes, para conducirlo al Hospital y que recibiera la asistencia médica oportuna y adecuada.

" La diligencia de necropsia habla de " politraumatismos " causados en la cabeza con hundimiento craneano, y de graves lesiones por ataque contundente, en la zona toráxica (pulmones) y abdominal, incluyendo inflamaciòn de los testículos.

" Significa lo anterior, que los golpes, contusiones, movimientos, empellones recibidos por el jóven Céspedes Varón, fueron en cierta forma agudizando la ya grave lesión y creaneana sufrida como consecuencia de la pedrada recibida. Razón por la cual en la técnica médica de (sic) habla de " politraumatismo".

" Sobre este particular es menester remitirnos a la declaraciòn del Doctor RAUL ANTONIO HURTADO VALLE, médico neurocirujano, quien trabaja en el Hospital (Federico Lleras Acosta " y en la " Clínica Tolima", el cual describe las condiciones cómo llegó el paciente al centro Asistencial, el cual estaba en shock y no respondía a estímulos, también se encontraba con un respirador artificial. Y explica: " La pedrada produjo fractura del hueso temporal en varios pedazos, esto *desencadenó en unas horas* un sangrado que se convirtió en una hematoma mortal y además existía pequeño hundimiento de este hueso fracturado que causó desgarró en la corteza cerebral temporal ... PREGUNTADO: Sírvase decirnos si al haberse acudido al tratamiento médico u hospitalario unos pocos minutos o en las primeras horas después de haber recibido el paciente CARLOS EDUARDO CESPEDES el trauma en la región temporal posterior inferior izquierda, muy probablemente ese trauma no hubiese evolucionado hasta ocasionarle la muerte? CONTESTO: Pues probablemente lo único que uno puede decir es que se le hubiera podido brindar a él otro recurso incluyendo cirugía porque posiblemente era recuperable, es decir haberle podido brindar la oportunidad de hacerle algo para salvarlo. PREGUNTADO: Entonces se ha podido acudir al médico inmediatamente o unas horas después de haberse recibido el trauma?. CONTESTO: Sí era lo más conducente. PREGUNTADO: Sírvase decirnos si de acuerdo con lo que manifiesta la historia clínica expedida por el Hospital Federico Lleras Acosta el paciente CARLOS EDUARDO CESPEDES presentaba síntomas semejantes a los que usted acaba de referirse (el despacho le pone la presente al declarante la historia clínica que obra a folios 130 y 131 del cuaderno original) ? CONTESTO: Sí son semejantes, lo que pasa es que al exámen en la Clínica Tolima *el paciente había empeorado más todavía*...(Subrayas fuera del texto). Fs. 138 y s.s, del cuaderno de pruebas del demandante.

" Cobran vigencia entonces los argumentos esbozados por el distinguido impugnante, motivo por el cual los damos por reproducidos, fls. 65 y s.s., y por considerarlas de fundamental importancia nos permitimos transcribir el siguiente aparte.

" e) Tanto, pues, por el camino de la prueba indiciaria, como por lo menos común de la especial naturaleza de las obligaciones a cargo de las autoridades de la República frente al ciudadano capturado, detenido, reducido a la impotencia física e irremisiblemente sometido a la voluntad de sus captores, ha quedado demostrada la falla del servicio o " Falta de la fuerzas- Armadas...". Sentencia del 21 de agosto de 1981, Consejero Ponente: Dr. Jorge Valencia Arango. Exp. No 2750, Actor: Isabel Obando Roa.

" Lo que hemos dejado anotado, indica que la Fuerza Pública vulnera la dignidad humana y viola de manera abierta los Derechos Humanos.

" Sobran otras consideraciones, ya que en sentir de esta Agencia del Ministerio Público, se presenta de manera evidente falla en el servicio, no solo por acción, por haber detenido y agredido injustamente al jóven Céspedes Varón, impidiéndole con esa acción, que buscaba eficaz y oportunamente recursos médicos y hospitalarios personalmente o por intermedio de su familia y amigos.

" Lo que a la postre, no hubiese desencadenado en los trágicos sucesos que ocasionaron la muerte.

" También, hubo falla en el servicio por omisión, ya que no le prestaron la oportuna asistencia médica requerida, lo cual, como ya lo anotamos hizo más grave la situación física y síquica del jóven Céspedes.

"Palmarios, hasta la saciedad, emergen los elementos axiológicos constitutivos de la responsabilidad estatal, en este caso, el Ministerio de Defensa, Policía Nacional.

" CONCLUSION

"Así las cosas, respetuosamente y en desacuerdo con los argumentos del Tribunal de Primera Instancia, solicito del H. Consejo de Estado REVOCAR la sentencia recurrida, para en su lugar, acoger en su integridad las súplicas de la demanda.". (Fls. 121-125 Cdno N° 1).

- IV -

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia proferida por el *a-quo* será revocada, pues el *ad-quem* no hace suya la valoración jurídica, fáctica y probatoria que hizo el tribunal. En el *sub-lite* quedó debidamente demostrada la falla del servicio, por las razones que a continuación se exponen:

De las declaraciones rendidas por los señores NAZARIO HERRERA PAIMA, JORGE ALEXANDER VERGARA GUZMAN, DAVID RAMIREZ TOCORA y

CESAR AUGUSTO SARAY CADENA, se desprende que el occiso no participó en los hechos que tuvieron lugar el día 25 de diciembre de 1987, cuando se enfrentaron dos pandillas juveniles en el Barrio La Campiña e Ibagué, pero sí recibió una pedrada en la cabeza, al parecer lanzada por uno de los integrantes de la banda "LOS MINITEQUEROS". Todo indica que al ser llamada la Policía, para que hiciera frente a la situación, ella se hizo presente, con mala fortuna para la víctima, pues fue retenida y golpeada por las fuerzas del orden, cuando formulaba la queja respectiva por la lesión que acababa de recibir.

Los deponentes son contestes en afirmar que el joven CARLOS EDUARDO CESPEDES VARON fue echado en la patrulla, de la cual intentó fugarse, siendo recapturado para ser introducido nuevamente en ella, donde fue víctima de golpes en las manos y en los pies, al decir del declarante JORGE ALEXANDER VERGARA. La realidad fáctica probada indica que el finado fue conducido a la Subestación de Policía El Jordán y dejado en un calabozo a las 04.45 horas de la mañana, como se lee en el informe rendido al Tribunal por el Comandante de la subestación de policía Jordán (Cdno,. N° 3, fol. 3). De esa misma pieza se desprende que: "Siendo las 10:30 horas de la mañana del dia 25-12-87, se constató que el joven CARLOS EDUARDO CESPDES VARON, estaba presentando signos *al parecer de intoxicación,* por lo que en forma inmediata fue trasladado en un vehículo particular de propiedad del Señor SECUNDINO MELENDEZ, a urgencia del Hospital Fecerido Lleras; una vez allí lo atendieron en forma inmediata y donde quedó recluído. Posteriormente lo trasladaron a la Clínica Tolima, urgencias, en donde falleció en horas de la noche, al parecer por desprendimiento cerebral de acuerdo al concepto médico inicial.".

De la Historia Clínca envíada por la clínica-Hospital Tolima, que obra a folio 87 del Cdno N° 2, se desprende que la víctima fue llevada a este centro de atención médica intubada "...en paro respiratorio, febril y en coma profundo" El diagnóstico definitivo, fue el siguiente:

" Hematoma subdural aguda.

Gran efisema en cuello, fosa ilíaca derecha.
Rx: Torax: Gran Neumoperitoneo.

El paciente fallece".

B) La mejor comprensión jurídica de todas las circunstancias particulares del caso demanda que se transcriba, en lo sustancial, lo depuesto por declarantes a que en antes hizo referencia. Sólo así será valorar, en todo su universo, la realidad fáctica.

DAVID RAMIREZ TOCORA

Persona de 23 años, soldado voluntario de la Décima Brigada, sin parentesco con las partes, dijo:

" Era el veinticuatro para amanecer ya el veinticinco de diciembre del ochenta y siete; ya estaba trabajando en mi sevicio como celador de la urbanización La Campiña, yo hacia mis rondas, había una fiesta donde una familia de apellidos Prada; se acabó la fiesta, todos salieron hacia la esquina a esperar taxi y otros se quedaron ahí. Al otro lado de la Campiña o sea en la Séptima etapa del Jordán se encontraba un grupo de personas los cuales comenzaron a echar indirectas sobre los que se encontraban en la Campiña, inclusive a mí; se formó una riña ahí entre los dos grupos, ahí apareció un individuo con un revolver diciendoles que se calmaran, era de la séptima etapa el cual al ver que no le hicieron caso tomó una moto que había ahí, la prendió y se fue, entonces se formó la riña entre los dos bandos los cuales comenzaron a lanzarse piedra y a echarsen unas ofensas; pasaba un carro y al ver que no podían pasar sacaron por una ventanilla un revólver hicieron unos disparos al aire lo cual calmó la riña momentaneamente; seguido pasó el carro, siguió la riña la cual yo les dije que se calmaran y arremetieron contra mi también por lo cual me tocó hacer unos disparos, entonces según uno de ellos había un presunto herido lo cual aprovecharon para uno de ellos venirseme a hablar a decirme unas cosas, que había un presunto herido... y que me iban a demandar porque yo no tenía derecho de herir a nadie y yo le contesté que yo estaba e mi defensa propia, lo cual aprovechó para llamar a uno de ellos el cual se vino con piedra en mano y detrás de él se me vinieron otros mas encima y comenzaron otra vez la riña pero ya dentro de la urbanización de lo cual me tocó ir a pedir ayuda a los encargados de la vigilancia, mientras yo hacia eso hicieron un corto, hicieron ir la luz, acudí a donde el abogado Alvaro Naranjo para que hiciera el favor y llamar a la policía; cuando yo ya regresé el sitio de los acontecimientos, se encontraba el finado que en paz descanse Carlos Céspedes Varón junto con un compañero los cuales dijeron que venían de una fiesta Entre Rios y que entrando a la urbanización les habían lanzado una piedra a ellos y estaba furioso y yo le dije que yo ya había llamado a la policía; minutos después llegó la patrulla de la policía y él se fue conmigo a poner la queja, nos acercamos al teniente encargado de la patrulla, estabamos exponiendole el caso cuando de repente llegaron dos motorizados los cuales le dijeron al teniente que Carlos Céspedes era una joyita que siempre se les volaba en una moto, el cual procedió a decirles que lo subieran a la patrulla, los dos agentes se lo llevaron hacia la patrulla, él me retiro de la patrulla para hacerme la indagatoria a mi de lo que había sucedido y el del porqué de la riña y los disparos y cómo estaba conformada la vigilancia en la urbanización; llegó don Jorge Almonacid a hablar por mí pero el teniente le dijo que tenía que ir con él a dar una declaración por escrito el cual procedió a decirme que lo acompañara a la estaciòn del policía del Jordán. Cuando yo me subí a la patrulla en la parte delantera, ya se encontraba Carlos Céspedes esposado a un rejilla de la patrulla el cual lo único que le oí decir por el camino fue estar renegando sobre su suerte, no dijo nada más, ya llegamos a la comandancia de policía del Jordán, a mi procedieron a tomarme la declaración él estaba mirando y leyendo unos artículos que hay sobre la policía entonces un agente le dijo al teniente qué había con él, con Carlos Céspedes Varón y el teniente le dijo que lo encerraran que él después le averiguaba el caso y a él lo dirigieron hacia un pasillo y lo encerraron...

siempre a una distancia lejos de donde yo me encontraba...". (folio 6 Cdno Nº 1).

CESAR AUGUSTO SARAY CADENA

Persona de 21 años de edad, empleado, bachiller, sin parentesco con las partes, expuso:

"...La noche que lo mataron a él. Yo estuve con él hasta el momento que la policía lo cogió, nosotros estabamos en la Urbanización La Campiña, estabamos con él y— otros tres amigos, todo empezó con un alboroto, porque a él le comentaron que al hermano le estaban pegando, de inmediato él se dirigió hacia el sitio mencionado en La Capiña, nosotros estabamos en Entre Rios, estabamos en una fiesta donde un amigo José de la familia Reinoso, cuando ahí llegó un muchacho y le dijo que al hermano le estaban pegando entonces él se dirigió hacia la Campiña que queda cerca, como a unos cien metros lo único que separa las urbanizaciones es un puente, no sé quien fue el que le avisó, al llegar él a la Campiña se paró frente a un poste a observar a un grupo de muchachos que estaban frente hacia la séptima etapa del Jordán, posteriormente llegamos tres amigos y yo a acompañarlo, los amigos eran Arcesio, Ferney y Luis Carlos, nosotros nos hicimos al lado de él cuando nos dijo muchachos tengan cuidado que aquí puede pasar algo, entones nosotros le dijimos que tranquilo, pero él sin ningún instante quitarle la mirada al grupo de al frente, de pronto nosotros vimos que el grupito se esparcio, luego hubo un corto circuito y seguidamente nos agarraron a piedra, seguidamente nosotros cuando sentimos que cayó la primera arrancamos a correr o sea nos internamos hacia La Campiña, luego volvimos como unos cincuenta metros hacia la séptima etapa y vimos que él estaba furioso porque le habían roto aquí detrás de la oreja con una piedra, cuando en esos se nos acercó el celador de la Campiña a los cinco que andabamos en ese momento y él llamó a Carlos y le dijo que él ya había llamado a la policía por la vaina que él también lo habían intentado joder los de la séptima entonces que él había llamado la policía, entonces él nos dijo que lo dejaramos a él, a Carlos, que cuando llegara la policía él hablaba con ellos; trancurrieron unos cinco o diez minutos cuando aparecieron los motorizados, primero dos, luego cuatro más y una patrulla, uno, él se acercó a la policía y les comentó que la gente de la séptima nos había agredido a piedra y le mostró detrás de la oreja donde lo había agredido a piedra , pero ahí hubo algo que sinceramente no lo pude entender muy bien, a él se lo llevaron y a nosotros los cinco que estabamos ahí no, de él no supe más sino como a las ocho y media de la noche que me avisaron que él había muerto...,". (folios 10 y 10 vto Cdno Nº 2)...

"...A él lo cogieron y como ya la bola había llegado, de inmediato lo echaron al carro, después de eso él hizo un intento de volarse a pesar de que ya estaba esposado, y lo volvieron a coger, a él lo cogío un policía de la parte de atrás y le dijo usted a volarseme a mí, no sea marica y le pegó una patada lo echó dentro de la camioneta, estabamos en eso cuando llegó un amigo de él apodado

pinocho, no le se el nombre, entonces el llegó y nos dijo que Carlos a donde estaba y le dijimos que estaba dentro de la camioneta entonces él dijo huy ese man hay que sacarlo de ahí porque a él no lo sueltan esta noche, de una vez lo empapelan y lo mandan para el penal, entonces él observó que el grupo de policías que estaban, ahí se corrió hacia adelante, él aprovechó ese instante para correr hacia la parte de atrás de la patrulla y abrir la puerta, ahí paso algo que más adelante nos contó a él le hicieron un tiro pero él se voló por el rio, tras de él salieron dos motorizados pero al ver que no lo encontraron lvolvieron otra vez al sitio, ellos llegaron y enseguida se fueron todos, a nosotros no nos dijeron nada, no se metieron con nosotros en ese momento, al cabo de unos veinte minutos apareció pinocho y nos comentó que cuando él había abierto la puerta un policía lo tenía cogido y otro le estaba pegando y que le decían que él lo que estaba buscando era un varón que le pagara, entonces que él les había dicho que porqué no lo soltaban y ahí si le pegaban y les echó la madre y arrancó a correr entonces fue cuando le hicieron un tiro". PREGUNTADO: Recuerda usted qué horas eran cuando llegó la policía al sitio? CONTESTO: "Eran como las cuatro o cuatro y media de la mañana". PREGUNTADO: Usted y sus tres compañeros presenciaron todo lo que ocurrió mientras la policía estuvo ahí en la Campiña? CONTESTO: " Pues nosotros vimos pero lo difícil era oir por lo que ellos se hicieron en la parte de adelante de la camioneta y nosotros estabamos atrás". PREGUNTADO: Cuál era el estado físico del señor Carlos Eduardo Céspedes en el momento en que fue introducido en la camioneta? CONTESTO: " Era bueno e inclusive estaba en sus cinco sentidos". PRETUNTADO: Oyó usted alguna expresiòn o presenció algún mal trato de parte de algún agente de la policía con referencia al señor Céspedes? CONTESTO: "En el momento que lo fueron a esposar porque a él el policía primero que todo lo empujó y le pegaba en la cabeza y le decía que bajara los brazos para esposarlos". PREGUNTADO: Usted recuerda las características del vehículo policial en el que fue llevado esa madrugada el señor Céspedes Varón? CONTESTO: " Era una de las que usaban anteriormente pero el número y eso no se por que estaba oscuro en ese momento y no se podía observar bien.". PREGUNTADO: Usted al principio de la declaración habla que a él lo mataron. Porqué razón lo afirma? CONTESTO: " Porque yo creo que una persona que se monta en un carro, en este caso la bola, se encuentra en sus cinco sentidos y aparezca muerto y la forma como nosotros lo vimos todo reventado, se le veían moretones en todas partes, en el abdomen moretiado y los testículos inflamados, yo lo ví en fotos, personalmente no". (folios 10 vto a 11 Cdno N° 2).

NAZARIO HERRERA PAIMA

Persona de 39 años de edad, comerciante de profesión, tercer año de Bachillerato, sin parentesco con las partes, anotó:

" El dia veinticinco de diciembre del año ochenta y siete aproximadamente a las doce y media de la mañana estando en mi casa ya durmiendo descansando escuché una pelea de una pandilla de un barrio cercano, se desafiaban , estaban

tirando piedra con unos muchachos residentes del barrio La Campiña; hicieron un corto o se fue la luz como a la media hora de iniciarse la riña, la pelea, llegaron la policía motorizada, comenzaron a investigar quienes eran los unos, quienes eran los otros, cuál era el problema, al rato llegó una radiopatrulla, se ubicó cerca de mi casa y ví cuando cogieron detenido a Carlos, él les insistía que no sabía nada de la pelea que se había presentado pero ellos procedieron a subirlo a la patrulla, él volvía y les insistía que no tenía nada que ver con la pelea, que lo soltaran, lo subieron a la patrulla, volvió se bajó de la patrulla, un policía que lo estaba vigilando le hizo dos disparon, él se atemorizó, paró y se devolvió; ví cuando el agente nuevamente lo subía a la patrulla y le llevaba una mano doblada aquí en la espalda, lo empujaba, lo atropellaba, le decía malas palabras y decía que en la Comisaría arreglaban todo eso, él demostraba estado físico aceptable pues en la carrera que hizo por evadirse me dí cuenta de que no estaba embriagado y que su estado físico era muy bueno, pues ahí la patrulla se fue y se fueron los motorizados". PREGUNTADO: Diga si usted percibió lo que acaba de narrar desde su casa o salió usted de esta? CONTESTO: "Estaba dentro de mi casa." PREGUNTADO: Antes de retirarse la patrulla con el detenido, ya había sido restablecido el servicio de luz? CONTESTO: " No, no había sido reestablecido el servicio de luz pero la patrulla y las motos tenían sus luces encendidas". PREGUNTADO: Qué hacía en ese escenario el señor Carlos Eduardo Céspedes? CONTESTO: " Carlos Eduardo en ese momento se dirigía a su casa, no lo ví que estuviera participando en la pelea de la pandilla y los del barrio, se dirigía a su casa". PREGUNTADO: "Cuántos agentes de policía vió usted en esa noche interviniendo en la operación? CONTESTO: "Cuatro agentes motorizados y en la patrulla venían tres agentes más". PREGUNTADO: En qué preciso momento usted empezó a percatarse de lo que sucedía en la calle? CONTESTO: "Me dí cuenta que del barrio cercano desafiaban a los muchachos de La Campiña, se tiraban piedra, se desafiaban, yo los estaba viendo desde mi casa de donde estaba pendiente que no me fueran a romper algún vidrio de la casa.". PREGUNTADO: Conoció usted a las personas o a algunas de estas que participaban en este desafio? " No, ya cuando ví que subían a la patrulla ví que era Carlos Eduardo, no conocía a los de la pelea porque no eran del barrio, del barrio se que había uno que le decían pinocho como sobrenombre, él no era del barrio sino que venía a juntarse con los muchachos del barrio desde mi casa no se veía todo". PREGUNTADO: A qué distancia de su casa se ubicó el vehículo o patrulla de la policía? CONTESTO: " Unos quince o veinte metros aproximadamente". PREGUNTADO: Usted supo qué ocurrió con posterioridad con el citado Carlos Eduardo Céspedes? CONTESTO: "Lo llevaron para la Comisaría, al dia siguiente nos llevaron la noticia de que había muerto". PREGUNTADO: Dice usted que al citado Céspedes Varón se le propinaron golpes. Diga con qué elementos, cuántas personas lo hicieron y cuál fue la reacción de los demás agentes de policía? CONTESTO: " Lo empujaban, lo presionaban para subirlo a la patrulla, lo atropellaban y le decian que en la Comisaría arreglaban, el atropello que yo ví era que lo empujaban. le doblaban la mano, lo que pudo pasar dentro de la patrulla de eso no me enteré ni lo ví.". PREGUNTADO: Usted recuerda con qué arma se le disparó al citado señor cuando trató de evadirse? CONTESTO:

"De armas no es mucho lo que distingo pero un revólver". Hasta aquí el cuestionario del Tribunal. Seguidamente solicita el uso de la palabra al apoderado sustituto de los demandantes, y concedida que le fue interrogó al testigo así: PREGUNTADO: Dígale al Despacho el lugar exacto de su casa desde donde usted observó los referidos hechos? CONTESTO: " Barrio La Campiña Manzana 2, casa número 10; la casa es bifamiliar y tiene un balcón donde uno se asoma y también desde una ventana". PREGUNTADO: Dígale al Despacho si usted oyó que los agentes de la policía se refirieran de algún modo particular a Carlos Eduardo Céspedes Varón? CONTESTO: "Lo reconocieron que andaba en una moto sin luces, que no les hacia el pare y que los evitaba, les mamaba gallo, los trataba mal y le decían este hijueputa es el que nos para, esta es la motico que no tiene luz y por eso le insistían varias veces que en la estación arreglaban, esto lo decían los motorizados, la patrulla ya estaba ahí también". PREGUNTADO: Describale a este Despacho con alguna precisión como fue, qué distancia y hacía donde intentó correr Carlos Eduardo Céspedes Varón y porqué se detuvo? CONTESTO: " Ya estaba en la patrulla y estando en la patrulla trató de correr para la casa de él, o sea hacia la misma dirección de mi casa, alcanzaría a correr una media cuadra o menos, él pasó por mi casa oyó los disparos se detuvo, le hicieron dos disparos.". (folios 2 y 3 Cdno N° 1)

JORGE ALEXANDER VERGARA

Persona de diecinueve años de edad, estudiante, , sin parentesco con las partes, descurrió dentro de la siguiente óptica:

" Si, yo estaba ahí en el momento de los hechos, estabamos en una fiesta en la Campiña en la casa de un amigo que se llama José, no sé la dirección; estabamos cuando se acabó la fiesta como a las cuatro y media de la mañana y salimos con las mujeres y todo hacia la salida de la Campiña y enfrente se encontraban los minitequeros de la séptima etapa del barrio Jordán, entonces comenzaron a arrojarnos piedras, entonces comenzaron a pegarle a las casas de ahí y entonces salió el celador y les hizo un disparo el tiro le rozó a uno, pero no pasó nada y ellos siguieron tirando piedra, después hicieron un corto y entonces las mujeres cogieron carro y se fueron y nosotros nos entramos hacia el fondo de la Campiña porque ellos causaron el corto para poder entrar, entonces nos escondimos cuando yo me quedé antes de los muchachos o sea - ellos se hicieron bien hacia el fondo y yo me hice más hacia la entrada, cuando después ví a Carlos Eduardo y me dijo que lo habían escalabrado con una piedra; nos quedamos ahí cuando por ahí a los diez minutos llegó la policía motorizada como cuatro y una camioneta, una panel, primero llegó la motorizada y después la panel, entonces Carlos se fue a darles queja de que esos minitequeros estaban tirando piedra y que lo habían escalabrado, entonces después la policía se lo llevaron, lo echaron allá a la patrulla, entonces yo me devolví a hablar con la motorizada que estaba más adelante de la patrulla y fui a hablar para que lo soltaran pero no me pusieron cuidado entonces me devolví hacia la Campiña cuando después ví que venía el policía de más abajo de la patrulla cuando traía

a Carlos que había intentado volarse, hizo un tiro al aire y por eso paro, después volvió y lo entró a la patrulla pero lo metieron a la fuerza, yo volví otra vez a hablar con la motorizada y nada nada no me ponían cuidado, me decían que me fuera; cuando me devolví hacia la patrulla otra vez abrí la puerta de la patrulla y lo tenían esposado de las manos contra una reja y le propinaban golpes con las manos y los pies y él se quejaba porque no podía cubrirse porque lo tenían esposado, entonces yo le dije tranquilo Carlos que yo voy a su casa para avisar y en ese momento se me vino el policía que lo estaba golpeando, me trató mal y se vino a echarme la patrulla, yo que arranqué a correr y él me siguió y me hizo un disparo y yo me le volé y después ellos se fueron y después al otro día fue que yo fuí a donde doña Argelia a preguntar por Carlos....."PREGUNTADO. Como hizo usted señor Vergara para tener acceso a lo que estaba ocurriendo en el interior de la patrulla? CONTESTO: "Pues yo como abrí la puerta, nadie me lo impidió porque los motorizados estaban adelante y los dos policías estaban adentro entonces yo abrí y ví cuando lo estaban golpeando". PREGUNTADO: Con qué elementos o en que forma golpearon al citado Céspedes Varón en el interior de la patrulla? CONTESTO: "Con las manos y con los pies, le pegaban en el pecho y en el estomago porque como él no se podía cubrir". PREGUNTADO: Usted fue maltratado por algún policía en esa ocasión? CONTESTO: "No, tratado mal en palabras". PREGUNTADO: Usted se dió cuenta qué trato verbal le daba la policía al señor Céspedes? CONTESTO: "No, lo metieron de una vez, después sí lo trataban mal, le decían groserías, le echaban la madre, le decían este hijueputa se nos iba a volar". PREGUNTADO: Dice usted que el señor Céspedes le manifestó que lo habían herido. usted le vio la herida y en caso cierto en qué parte de su cuerpo? CONTESTO: "La herida era pequeña, casi no le sangraba, era en la parte inferior de la oreja izquierda.". (folios 3 vto y 4 y 4 vto Cdno N° 2).

C) A la luz del acervo probatorio anterior, y del que se apreciará a lo largo de este proveído, resulta imposible para el *ad-quem* aceptar que el joven CARLOS EDUARDO CESPEDES VARON, falleció como consecuencia de la pedrada que recibió en la parte inferior de la oreja izquierda, que era pequeña, y casi no sangraba, como lo dijo en su declaración el Señor Jorge Alexander Vergara Guzmán. Dentro del proceso el centro de imputación jurídica demandado no hizo esfuerzo alguno para explicar porqué causa, motivo o razón, en la NECROPSIA médico legal, aparecieron " AREAS DE CONTUSION EN CARA POSTERIOR DE LOBULO PULMONAR INFERIOR IZQUIERDO" y " FRACTURA DE SEGUNDO ARCO COSTAL POSTERIOR DERECHO". También "HEMORRAGIA PUNTIFORME EN PLEURA PARIETAL MEDIA POSTERIOR DERECHA". Igualmente, " AREAS DE CONTUSION EN LOBULOS PULMONARES SUPERIORES E INFERIORES DERECHOS".

En este momento del discurso cabría preguntar: El impacto de una piedra, en el sitio en que se produjo, tuvo ese efecto multiplicador de las lesiones? Imposible aceptar una respuesta afirmativa, pues ellos pecaría contra la lógica de lo razonable. El universo de las anteriores lesiones también lo vivenció el Dr. RAMIRO LOZANO NEIRA, quien atendió al moribundo en la Clínica Tolima. En la

declaración que éste rindió, y que obra a folios 19 y siguientes del Cuaderno N° 2, se destaca:

> " Politraumatismos viene de poli, varios, y traumatismos pues trauma o golpes entonces *de varios golpes* que se detectaban por sangre en cuero cabelludo (es decir en el pelo) y hematomas o morados *en la región toraxica y abdominal* como si hubiera sufrido golpes.". (Subrayas de la Sala).

Impresiona a la Sala que el Juzgado Veintiuno de Instrucción Criminal, en la providencia calendada el dia dieciocho (18) de abril de mil novecientos ochenta y nueve, (1989) (Cdno N° 9, fol. 758 y ss.ss.) afirme que: "... *se encuentra plenamente probado que los policiales golpearon la cabeza de CARLOS EDUARDO CESPEDES VARON y otras regiones de su cuerpo en forma contundente (Fractura Costilla)...*", y sin embargo se hubiese abstenido de dictar medidas de aseguramiento, ordenando, en cambio, la cesación de procedimiento en favor de varios de los sindicados. Conmueve que se afirme, en el citado proveído que: "...el Juzgado en atención a la duda planteada respecto a cuál de los traumatismos originados en la cabeza de la víctima desencadenó la causa de la muerte...", concluya que: "...no queda otra solución distinta a favorecer a todos y cada uno de los indagados con CESACION DE PROCEDIMIENTO, en razón de no haberse probado que ellos lo hayan cometido, caso éste de imposible demostración...".

A través de la anterior filosofía del absurdo, los delincuentes tienen toda una cartilla para aprender cuál es la vía que deben recorrer para que la justicia los declare inocentes. Basta que distintas personas, en distintos momentos, atenten contra la dignidad de la persona humana, torturándola, maltratándola, para que el delito desaparezca como por encanto, por no poder precisar cuál de todos los golpes acabó con la vida de la persona agredida.

Casos como el presente son los que han llevado a la justicia contencioso - administrativa a definir que la decisión del juez penal no la ata siempre pues la realidad fáctica se subsume en normas jurídicas con universo diferente. A esto habría que agregar que la valoración hecha por la justicia ordinaria puede resultar desfasada por ignorancia, molicie o complacecia de un funcionario dado, en un caso determinado.

D) En el informe rendido por el Comandante de la Subestación de Policía Jordán al Tribunal Administrativo del Tolima, se lee que el joven CARLOS EDUARDO CESPEDES VARON, en el momento de ser retenido, parecia estar "... en estado de embriaguez y lesionado presuntamente a raiz de la pedrea que se estaba desarrollando momentos antes". Se agrega luego que siendo las 10:30 horas de la mañana del día 25 de diciembre se constató que el citado ciudadano "... presentaba signos al parecer de INTOXICACION, por lo que en forma inmediata fue traslado en un vehículo particular... a urgencia del hospital Federico Lleras...".

La Sala observa que ninguna de esas circunstancias particulares del caso se demostró dentro del proceso, lo que habría sido tarea fácil, pues los medios científicos de que hoy se dispone permiten hacer claridad sobre tales aspectos.

De tales afirmaciones, encuadradas dentro de un mundo de vaguedades, la Sala concluye, por la vía indiciaria, que los autores de la conducta antijurídica pretendieron buscar excusas, esto es, hacer todo un montaje, para no ser sancionados, lo que al final lograron. Quienes hicieron tales afirmaciones, no probadas, no quisieron pensar bien, esto es, hicieron todo lo posible para que los juzgadores no llegaran a la verdad, que es la realidad de las cosas. Pergeñaron el error y le rindieron tributo a éste.

Es una lástima, y también una tragedia nacional, que ciertas autoridades no se preocupen por rendirle culto a la verdad sino a la mentira, pues transitando por esta senda el país pierde confianza en sus instituciones. Las verdades a medias también perturban la recta administración de justicia, pues como lo recordaba Balmes, ellas se parecen a "...un espejo mal azogado, o colocado en tal disposición que, si bien nos muestra objetos reales, sin embargo, nos los ofrece demudados, alterando los tamaños y figuras". (El Criterio. Diferentes modos de conocer la verdad).

E) Para darle mayor fuerza de convicción a la sentencia, la Sala desea destacar que, aún aceptando, en gracia de discusión, que CARLOS EDUARDO CESPEDES VARON murió como consecuencia de la pedrada que recibió, cuando se registró el enfrentamiento entre las dos pandillas, la falla del servicio también se presentaría por OMISION, pues resulta inaceptable que la policía detenga un herido grave, y en lugar de llevarlo a un sitio de atención médica, opte por conducirlo a la Subestación de policía, donde el único albergue es el CALABOZO. Esta perspectiva de valoración fáctica toma todo su universo si se tiene en cuenta que de acuerdo con el informe médico legal, que amplía la necropsía, "*... si el paciente hubiese recibido atención médica adecuada y oportuna se habría podido disgnosticar a tiempo la presencia del hematoma extradural agudo y se podrían haber iniciado las medidas terapeúticas farmacológicas y quirúrgicas tendientes a evitar el desarrollo o interrumpir el progreso de la hipertensión endocraneana, que fue el estado patológico que produjo la muerte directa del paciente...*". (Cdno N° 2, fol. 22).

El detenido tiene derecho a exigir que se le respete su dignidad como persona, porque como tal, vale más que todo el universo inanimado. En los artículos 11 y 12 de la Constitución Nacional se preceptúa que el derecho a la vida en inviolable y que no habrá pena de muerte. Igualmente, que nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Dentro de este universo cabe predicar que el respeto a la vida de los semejantes es la primera ley de la existencia, ya que nadie puede conservarse así mismo si no tiene una idea exacta de lo que significan los demás. Por ello un ilustre escritor anotaba: " Ha llegado la hora de que tengamos la moral y el valor suficientes para convivir como hermanos, sin comernos unos a otros y sin miedo". Esta tarea, como es natural, corresponde en primer lugar a la autoridad, que está instituída para mantener el orden, nó para crear el desorden; para proteger la vida, honra y bienes de los conciudadanos; nó para atropellar tales derechos. Por ello el Profesor Jesús Gonzalez Pérez, enseña:

" La dignidad de la persona ha sido sacralizada del modo más solemne en Declaraciones y Pactos Internacionales, Constituciones y leyes de cada Estado. En la Historia de la humanidad, jamás un valor fundamental alcanzó tal grado de adhesión, ni más cuidada regulación en los Derechos positivos, ni tantas organizaciones para velar por su respeto y protección.

" La realidad, sin embargo, no puede ser más desesperanzadora. No se acierta a compreder la satisfacción de algunos ante el panorama del mundo de nuestros días. *Cuando la dignidad humana es objeto de continuos ataques por parte de los propios Estados que firmaron aquellas declaraciones sin la menor voluntad de cumplirlas, y el hombre, en ejercicio de su omnímoda libertad, llega a unos niveles de degradación en otras épocas inconcebibles, ante la pasividad de los poderes Públicos...".* (La Dignidad de la Persona Humana. Editorial Civitas, pag 199).

Si es verdad, como lo anotara un ilustre comentarista nacional, que la Constitución no se escribe, sino que se hace, bienvenida la hora en que se ponga freno por las autoridades, y también por los particulares, a tanto sacrificio inútil de vidas humanas. A los jueces corresponde sancionar, en todos los frentes del perjuicio, los desvíos, los atropellos y las arbitrariedades, pues escapa a su control el mantenimiento mismo de la paz pública. Esta verdad explica el temperamento de la condena que más adelante se hará, por falla del servicio.

F) *LOS PERJUICIOS.* Dentro del proceso se acreditó que el Señor MARCO TULIO CESPEDES R. adoptó en forma plena a los jovenes Carlos Eduardo Céspedes y Nestor Guillermo Céspedes Varón, como se desprende de la sentencia calendada el dia tres (3) de diciembre de mil novecientos sesenta y ocho (1968), originaria del Juzgado Primero Civil de Menores del Distrito Judicial de Ibagué, como se lee en la nota que obra en el Acta de Registro de Nacimiento.

Se probó, igualmente, que la Señora ARGELIA VARON DE CESPEDES, reconoció como su hijo extramatrimonial al finado, gracias a la firma que estampó en el Acta de Registro de nacimiento del mismo.

Finalmente, el Acta de Registro de Nacimiento, que obra al folio 136, se desprende que ANA MARIA CESPEDES VARON es hija extramatrimonial de MARCO TULIO CESPEDES, pues este hizo el reconocimiento al suscribir el citado documento.

Dentro del universo probatorio que se deja relacionado, no hay espacio para la duda que impida concluír que los demandantes están legitimados por activa.

La Sala condenará, al centro de imputación jurídica demandado a pagar, a título de perjuicios morales, un mil gramos de oro fino para el padre adoptante y mil gramos de oro fino para la madre, los cuales se deberán cubrir con el precio que el referido metal tengan en el momento de quedar ejecutoriado el fallo.

Por el mismo concepto se condenará a la Nación _ Ministerio de Defensa Policía Nacional a pagar quinietos gramos de oro fino a cada uno de los hermanos del occiso señores NESTOR GUILLERMO CESPEDES VARON y ANA MARIA CESPEDES VARON, pues con las declaraciones rendidas por JAIRO OSORIO BENITEZ (Cdno N° 2, fol 13), AUGUSTO BONILLA (Cdno N° 2, fol. 14) y VICTOR MANUEL CAMPOS (Cdno N° 2 fol. 15), se demostró el afecto que en vida le profesaban al hermano fallecido.

No se hace condena por perjuicios materiales porque la prueba practicada, con el fin de demostrarlos, no tiene fuerza de convicción. El deponente JAIRO OSORIO BENITEZ, al ser interrogado en el sentido de si el finado ayudaba a sus padres, dijo: "LA VERDAD NO SABRIA DECIRLE". AUGUSTO BONILLA destaca, en su declaración, que CARLOS EDUARDO CESPEDES VARON, trabajaba con el papá, "... le colaboraba el papá directamente...". Del temperamento que tienen tales manifestaciones, no vivencia el fallador el alcance ni la frecuencia de la ayuda, ni la real necesidad que tenían los padres de la misma.

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:

1°) REVOCASE la sentencia calendada el dia diecinueve (19) de diciembre de mil novecientos noventa (1990), proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, dentro del proceso del rubro, y, en su lugar *DISPONE:*

A) Declárase que LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA- POLICIA NACIONAL, es administrativamente responsable de la muerte del señor CARLOS EDUARDO CESPEDES VARON, ocurrida el dia veinticinco (25) de diciembre de mil novecientos ochenta y siete (1987), dentro del marco de circunstancias que se dejaron relatadas en los considerandos de este proveído;

B) Como consecuencia de la declaratoria anterior, se condena a la NACION -MINISTERIO DE DEFENSA- POLICIA NACIONAL-, a pagar a los demandantes que a continuación se enlistan, a título de perjuicios morales, las siguientes cantidades de oro fino:

A Marco Tulio Céspedes Rodríguez, (padre adoptante), un mil gramos de oro fino (1000);

A Argelia Varón de Céspedes (madre), un mil gramos de oro fino (1000);

a Ana María Céspedes Varón (hermana), quinientos gramos de oro fino (500);

A Nestor Guillermo Céspedes Varón, quinientos gramos de oro fino (500).

El pago deberá hacerse teniendo en cuenta el precio nacional del referido metal en el momento de quedar ejecutoriado este fallo.

C) Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

D) A esta sentencia se le deberá dar cumplimiento en los términos establecidos en los artículos 175 y 177 del código Contencioso Administrativo. Para tal fin, la Secretaría deberá expedir las copias correspondientes, con la nota de ejecutoria, con destino a los interesados, dejando expresa constancia de cuál de ellas presenta mérito ejecutivo.

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

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria

FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO-Retenes/ **FALLA DEL SERVICO PRESUNTA**

Resulta censurable el actuar de la fuerza pública al impedir el tránsito automotor por una calle pública, sobre la cual la autoridad competente no había impuesto restricción, ni existían señales preventivas e informativas indispensables para que la ciudadania conociera a ciencia cierta el alcance y las condiciones inherentes a la restricción de tránsito inconsultamente impuesta por el personal armado del Batallón. Si además se dispara sin motivo contra quien por dicha vía circula en un automotor y se lo lesiona de gravedad, así de improviso, sin motivo justificado y sin que mediaran señales preventivas, se impone concluir que en tal evento oficial se configura una evidente falla del servicio. Dado el carácter del arma utilizada contra el demandante, el caso bajo estudio bien pudiera manejarse por la vía de la falla presunta.

PERJUCIOS MORALES A HERMANOS

El reconocimiento en favor de los hermanos se revocará por cuanto no están realmente demostradas las condiciones de especial afecto y fraternidad, ni su convivencia bajo el mismo techo, que permitan asegurar en ellos una afectación moral y sentimental acorde con la tasación que del daño moral en ellos hizo el tribunal. Los testimonios que pretendieron demostrarlo no son de recibo por cuanto las respuestas obedecen a preguntas francamente sugestivas que obviamente llevan a que los declarantes respondieran afirmativamente sobre los interrogantes propuestos.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Tercera.- Santafé de Bogotá D.C., veintinueve de mayo de mil novecientos noventa y dos.

Consejero Ponente: *Daniel Suarez Hernandez.*

Referencia. Expediente N° 6530; Actor: Lubier Gonzalez Chaux y Otros.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la Nación - Ministerio de Defensa Nacional, contra la sentencia del 16 de noviembre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá, mediante la cual se dispuso:

" PRIMERO: Declárase Administrativamente responsable a la Nación Colombiana - Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional- por la falla del servicio en la que de manos del soldado centinela CRUZ BORJA LIBARDO con C.M. 8658328, lesionó al señor LUBIER GONZALEZ CHAUX el dia 08 de marzo de 1987, en las circunstancias ya analizadas.

"SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, condénase a la Nación Colombiana- Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional a pagar por perjuicios morales subjetivos, los siguientes valores:

" a) Ochocientos (800) gramos oro al señor LUBIER GONZALES CHAUX.

" b) Ochocientos (800) gramos oro a la señora MARLENY IQUIRA COLLAZOS.

" c) Quinientos (500) gramos oro a la menor INDIRA ALEJANDRA GONZALES PERDOMO, representada por su madre FRANCIA ELENA PERDOMO FAJARDO.

" d) Ochocientos (800) gramos oro al señor AGUSTIN GONZALEZ MEDINA.

"e) Ochocientos (800) gramos oro a la señora PRISCILA CHAUX ROJAS DE GONZALEZ.

" f) Trescientos (300) gramos oro a LUIS ALBERTO GONZALEZ CHAUX.

" g) Trescientos (300) gramos oro a MYRIAM GONZALEZ CHAUX.

" h) Trescientos gramos oro (300) a FRANCISCO ANTONIO GONZALEZ CHAUX

" i) Trescientos gramos oro (300) a JOHN FREDY GONZALEZ CHAUX.

" j) Trescientos gramos oro (300) a GLADYS MIREYA GONZALEZ CHAUX.

" k) Trescientos gramos oro (300) a FANNY GONZALEZ CHAUX

"l) Trescientos gramos oro (300) al menor AGUSTIN GONZALEZ CHAUX representado por su padre AGUSTIN GONZALEZ MEDINA.

" Estos valores se consideran como condena *" IN CONCRETO"* y se tasarán de acuerdo con certificación del Banco de la República, sobre el precio del oro a la fecha de ejcutoria de esta sentencia, y se pagarán en favor de las personas antes nombradas o a quien acredite estar facultado por ellos para recibir en sus respectivos nombres.

"TERCERO: Como consecuencia de la declaración, primera de esta providencia, condénase a la Nación Colombiana- Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional a pagar los perjuicios materiales *" in genere"* para su liquidación se seguirá el trámite incidental consagrado en el Art. 137 del C. de P. Civil con sujeción a las bases indicadas en la parte motiva de este fallo.

" CUARTO: Cúmplase esta condena en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A., con expresa advertencia de que en ningún caso se pagarán intereses sobre intereses.

" QUINTO: Niéganse las demás pretensiones de la demanda". (Fols. 336 a 338).

ANTECEDENTES PROCESALES

1°. La demanda.

En escrito presentado ante el Tribunal Administrativo del Caquetá el 11 de enero de 1989, los señores Lubier González Chaux como lesionado, Marleny Iquira Collazos como su cónyuge, en su propio nombre y en representación de su menor hija Natalia Andrea González Iquira; Agustín González Medina y Priscila Chaux Rojas de González, como padres del herido; Luis Alberto, Myriam, Francisco Antonio, Jhon Freddy y Fanny González chaux, como hermanos del lesionado; y Francia Helena Perdomo Fajardo en representación de la menor Indira Alejandra González Perdomo hija extramatrimonial del afectado; y Agustín González Chaux representado por su padre, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 86 del C.C.A, formularon demanda contra "LA NACION COLOMBIANA - EJERCITO NACIONAL", para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERA: Que la NACION COLOMBIANA- EJERCITO NACIONAL, es responsable de las lesiones corporales sufridas por el señor LUBIER GONZALEZ CHAUX, ocasionadas por miembro o miembros del EJERCITO NACIONAL, destacado o destacados en el Batallón JUANANBU, en el servicio de centinelas, lesiones que afectaron su integridad personal en forma grave, ocasionándole serios traumatismos físcos, entre ellos, la afectación del órgano de la visibilidad, todo en perjuicio de...(sic).

" SEGUNDA: Que, como consecuencia de la anterior declaración, la NACION COLOMBIANA- EJERCITO NACIONAL, debe pagar a los demandantes y actores: LUBIER GONZALEZ CHAUX, víctima, MARLENY IQUIRA COLLAZOS, esposa de la víctima, NATALIA ANDREA GONZALEZ

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la Nación - Ministerio de Defensa Nacional, contra la sentencia del 16 de noviembre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá, mediante la cual se dispuso:

" PRIMERO: Declárase Administrativamente responsable a la Nación Colombiana - Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional- por la falla del servicio en la que de manos del soldado centinela CRUZ BORJA LIBARDO con C.M. 8658328, lesionó al señor LUBIER GONZALEZ CHAUX el dia 08 de marzo de 1987, en las circunstancias ya analizadas.

"SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, condénase a la Nación Colombiana- Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional a pagar por perjuicios morales subjetivos, los siguientes valores:

" a) Ochocientos (800) gramos oro al señor LUBIER GONZALES CHAUX.

" b) Ochocientos (800) gramos oro a la señora MARLENY IQUIRA COLLAZOS.

" c) Quinientos (500) gramos oro a la menor INDIRA ALEJANDRA GONZALES PERDOMO, representada por su madre FRANCIA ELENA PERDOMO FAJARDO.

" d) Ochocientos (800) gramos oro al señor AGUSTIN GONZALEZ MEDINA.

" e) Ochocientos (800) gramos oro a la señora PRISCILA CHAUX ROJAS DE GONZALEZ.

" f) Trescientos (300) gramos oro a LUIS ALBERTO GONZALEZ CHAUX.

" g) Trescientos (300) gramos oro a MYRIAM GONZALEZ CHAUX.

" h) Trescientos gramos oro (300) a FRANCISCO ANTONIO GONZALEZ CHAUX

" i) Trescientos gramos oro (300) a JOHN FREDY GONZALEZ CHAUX.

" j) Trescientos gramos oro (300) a GLADYS MIREYA GONZALEZ CHAUX.

" k) Trescientos gramos oro (300) a FANNY GONZALEZ CHAUX

" l) Trescientos gramos oro (300) al menor AGUSTIN GONZALEZ CHAUX representado por su padre AGUSTIN GONZALEZ MEDINA.

" Estos valores se consideran como condena *" IN CONCRETO"* y se tasarán de acuerdo con certificación del Banco de la República, sobre el precio del oro a la fecha de ejcutoria de esta sentencia, y se pagarán en favor de las personas antes nombradas o a quien acredite estar facultado por ellos para recibir en sus respectivos nombres.

"TERCERO: Como consecuencia de la declaración, primera de esta providencia, condénase a la Nación Colombiana- Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional a pagar los perjuicios materiales *" in genere"* para su liquidación se seguirá el trámite incidental consagrado en el Art. 137 del C. de P. Civil con sujeción a las bases indicadas en la parte motiva de este fallo.

"CUARTO: Cúmplase esta condena en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A., con expresa advertencia de que en ningún caso se pagarán intereses sobre intereses.

" QUINTO: Niéganse las demás pretensiones de la demanda". (Fols. 336 a 338).

ANTECEDENTES PROCESALES

1°. La demanda.

En escrito presentado ante el Tribunal Administrativo del Caquetá el 11 de enero de 1989, los señores Lubier González Chaux como lesionado, Marleny Iquira Collazos como su cónyuge, en su propio nombre y en representación de su menor hija Natalia Andrea González Iquira; Agustín González Medina y Priscila Chaux Rojas de González, como padres del herido; Luis Alberto, Myriam, Francisco Antonio, Jhon Freddy y Fanny González chaux, como hermanos del lesionado; y Francia Helena Perdomo Fajardo en representación de la menor Indira Alejandra González Perdomo hija extramatrimonial del afectado; y Agustín González Chaux representado por su padre, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 86 del C.C.A, formularon demanda contra "LA NACION COLOMBIANA - EJERCITO NACIONAL", para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERA: Que la NACION COLOMBIANA- EJERCITO NACIONAL, es responsable de las lesiones corporales sufridas por el señor LUBIER GONZALEZ CHAUX, ocasionadas por miembro o miembros del EJERCITO NACIONAL, destacado o destacados en el Batallón JUANANBU, en el servicio de centinelas, lesiones que afectaron su integridad personal en forma grave, ocasionándole serios traumatismos físcos, entre ellos, la afectación del órgano de la visibilidad, todo en perjuicio de...(sic).

" SEGUNDA: Que, como consecuencia de la anterior declaración, la NACION COLOMBIANA- EJERCITO NACIONAL, debe pagar a los demandantes y actores: LUBIER GONZALEZ CHAUX, víctima, MARLENY IQUIRA COLLAZOS, esposa de la víctima, NATALIA ANDREA GONZALEZ

IQUIRA e INDIRA ALEJANDRA GONZALEZ PERDOMO, hijas de la víctima, menores represantadas en forma legal, por concepto de perjuicios materiales, desde la fecha en que se operó la falta o falla en el servicio, que es la misma de los hechos o daños ocasionados, 8 de marzo de 1987, y hasta el pago efectivo de la idemnización correspondiente, el valor o monto que se pruebe dentro del proceso, con los reajustes e incrementos correspondientes, dada la permanente y creciente pérdida del valor adquisitivo de nuestra moneda colombiana.

" TERCERA.- Que la NACION COLOMBIANA- EJERCITO NACIONAL, está obligada a pagar a todos y cada uno de los demandantes, el valor de los perjuicios morales de todo orden, con base a suma equivalente en moneda de la fecha del fallo conforme al precio que se certifique por el BANCO DE LA REPUBLICA, para el gramo oro, así: a) para LUBIER GONZALEZ CHAUX, ofendido, UN MIL GRAMOS ORO (1000); b) para MARLENY IQUIRA COLLAZOS, esposa del ofendido, Un Mil gramos oro; c) para las hijas menores del ofendido, NATALIA ANDREA GONZALES IQUIRA e INDIRA ALEJANDRA GONZALEZ PERDOMO, Un Mil gramos oro; d) para AGUSTIN GONZALEZ MEDINA padre de la víctima, Un Mil gramos oro, e) para PRISCILA CHAUX ROJAS DE GONZALEZ, madre de la víctima, Un Mil gramos oro; f) QUINIENTOS gramos oro (500), para los demandantes hermanos y hermanas de la víctima: LUIS ALBERTO, FRANCISCO ANTONIO, JHON FREDY, MYRIAM, GLADYS MIREYA, AGUSTIN y FANNY GONZALEZ CHAUX.

" CUARTA: La demandada NACION COLOMBIANA- EJERCITO NACIONAL, pagará a los demandantes, la suma de dinero o montos que el fallo ordene, en los términos de que hablan los artículos 176 y 177 del Decreto 01 de 1984 - Código Contencioso Administrtativo.

" QUINTA: La demandada pagará a los demandantes, en relación con la suma de dinero que el fallo ordene, el tipo de interés previsto en el Inciso 5° del Artículo 177 del Código Contencioso Adminstrativo.

" SEXTA.- La demandada pagará los gastos del proceso". (Fols. 1 y 2).

2° Fundamentos de hecho.

No obstante que en la demanda se relacionan amplia y detalladamente en 32 numerales, los fundamentos fácticos de la misma, la Sala encuentra atinada la síntesis que de los mismos efectuó el Ministerio Público en su vista fiscal y que reposa a folios 388 y 399, así:

" El día 8 de marzo de 1987 en las horas de la tarde, había llegado procedente de Puerto Rico Caquetá, a la ciudad de Florencia, el demandante LUBIER GONZALEZ CHAUX, quien conducía el camión marca MERCURY de

placas VX 0115, automotor que explotaba en el ramo del transporte en asocio de su padre y de propiedad de éste, señor Agustín González Medina, igualmente demandante.

" El demandante LUBIER GONZALEZ CHAUX, se dedicó a transitar por lo lados de la Galería Central de Florencia, en cuyas inmediaciones queda el cuartel del Batallón Juananbú, a fin de conseguir carga, tomando la calle 18 a desembocar por la carrera 14 Diagonal a ésta dirección se encuentra la garita donde el centinela o centinelas del Batallón JUANAMBU hacían de guardias para el día 8 de marzo de 1987. Por dicha vía no había ninguna señal de tránsito que impidiera circular el camión conducido por LUBIER GONZALEZ y al llegar a la esquina de la calle 18 con carrera 14 de manera imprevista, el conductor del camión, señor González Chaux, sintió que disparaban contra el vehículo y contra él, por lo cual procedió a retroceder de inmediato el camión y cuando lo hacía recibió un tiro en la cara, el cual le destrozó el tabique nasal y los huesos del pómulo izquierdo.

" Quienes habían disparado no eran otros que los soldados que hacían de guardia del batallón JUANAMBU y que se encontraban adscritos al Ejército Nacional.

" Como consecuencia de lo anterior, el señor Lubier González Chaux quedó gravemente lesionado en la pierna derecha, en la mandíbula izquierda, en el ojo derecho con afectación también del izquierdo, razón por la cual tuvo que ser trasladado con carácter de urgencia a la ciudad de Bogotá, donde fue hospitalizado en la Clínica de Marly , para ser sometido a las correspondientes intervenciones quirúrgicas.

" Dichas lesiones trajeron como consecuencia una merma en su capacidad laboral de por vida, ocasionando un daño emergente y un lucro cesante no sólo para él sino para su esposa y sus dos menores hijas a quienes sostenía con el producto de su trabajo honrado. Todo lo anterior fuera de las tantas erogaciones que tuvo a raíz de las intervenciones quirúrgicas, compra de drogas, tratamientos y consultas médicas.

"El camión conducido por el demandante, fue baleado y ello implicó someterlo a las debidas reparaciones con los respectivos costos que se demostrarán oportunamente". (Fols. 388 389).

3°. Actuación procesal.

El auto admisorio le fue notificado al Secretario General del Ministerio de Defensa Nacional, quien por conducto de apoderada contestó la demanda y propuso la ineptitud de la misma, por no designar a las partes, omitir la estimación razonada de la cuantía y no determinar los fundamentos de derecho de las pretensiones. Además, adujo la demadada la " inexistencia del vínculo causal" entre la falla de la administración y el daño.

Mediante auto del 31 de julio de 1989, el Tribunal ordenó la práctica de las pruebas solicitadas por las partes, y luego de recaudarlas en su mayoría, dispuso el traslado para alegar de conclusión. La demandante consignó sus razones en amplio escrito que reposa a folios 208 a 244, y la demandada lo hizo en memorial visible a los folios 250 a 252. La Fiscal del Tribunal conceptuó que " se debe acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda". (fols. 257-262).

4°. La sentencia recurrida.

En extensa providencia que corre a los folios 264 a 338, el Tribunal Administrativo del Caquetá declaró la responsabilidad de la Administración por las lesiones causadas a Lubier González Chaux y consecuencialmente dispuso el reconocimiento y pago de perjuicios materiales y morales en la forma y cuantías relacionadas al inicio del presente fallo.

Consideró el *a-quo* que el soldado centinela actuó arbitrariamente e injustamente al omitir avisos de prevención, voces, disparos al aire, pito etc., comportamiento que configura la falla del servicio, de la cual directamente derivaron los perjuicios reclamados. haciéndose ostensible el anexo causal entre estos y aquella. Estima además el tribunal, que el *sub-lite* es manejable por la teoría de la falla presunta, dada la naturaleza de las armas utilizadas para causar las lesiones del demandante.

Con relación a la indemnización por los perjuicios materiales, dispuso su reconocimiento en abstracto para Lubier González y los denegó para Marleny Iquira Collazos y la menor Indira Alejandra González Perdomo por cuanto consideró que éstas carecían de interés para reclamar.

Los perjuicios morales los tasó el Tribunal en equivalencia en pesos a 800 gramos de oro para el lesionado, su esposa, su padre y su progenitora; para su hija el equivalente a 500 gramos del mismo metal y para los hermanos en equivalencia a 300 gramos de oro para cada uno de ellos.

5°. La apelación

Inconforme con lo decidido en primera instancia, el apoderado del Ministerio de Defensa Nacional interpuso recurso de apelación. La parte actora no recurrió, pero sí presentó alegato de conclusión.

Razona el recurrente en el sentido de contradecir la versión de los hechos vertida en la demanda. Afirma que la guadua fue colocada por personal de la Guarnición para evitar el tránsito vehicular por la zona. Acusa de imprudente el comportamiento del conductor y a él atribuye el desenlace de los hechos, para concluir que el ente demandado se exonera de responsabilidad por culpa de la víctima. (fols. 353 a 355). En su alegato de conclusión reitera lo anterior.

El apoderado de la parte actora alegó de conclusión en escrito que corre a los folios 358 a 377, para repetir los planteamientos de la demanda, controvertir las

razone del Ministerio de Defensa Nacional y pedir la confirmación del fallo apelado, con reconocimiento de indemnización por perjuicios materiales en favor de la esposa e hija del lesionado González Cháux, así como por los daños causados al automotor en que se movilizaba.

6°. Concepto fiscal.

El Fiscal Décimo de la Corporación, en concepto visible a los folios 386 a 394, considera que debe confirmarse la sentencia apelada, desconociendo perjuicios derivados de los daños producidos sobre el camión, cuya propiedad no se acreditó en el proceso.

Ahora bien, de oficio la Sala dispuso allegar los índices de precios al consumidor del DANE, la Tabla Colombiana de Mortalidad adoptada por la Superintendencia Bancaria y se determinó un reconocimiento médico-laboral del lesionado. Tales pruebas fueron aportadas al proceso, según se ven a folios 407 a 424, 425 a 430, 447 y 431 respectivamente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Advierte la Sala que la parte actora no recurrió contra la sentencia que se examina, en tanto que sí apeló el Ministerio de Defensa Nacional. Lo anteriormente anotado implica que en la segunda instancia no se podrá hacer más gravosa la situación jurídica y patrimonial del ente oficial demandado, por cuanto " la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso,..." en los términos del artículo 357 del C de P.C., norma que consagra el principio prohibitivo de la *reformatio in pejus.*

De la anterior aclaración la Sala deduce que no hay lugar a modificar el fallo de primera instancia en cuanto se refiere a la indemnización de perjuicios futura o anticipada por cuanto en el fallo recurrido ninguna valoración ni condena se hizo por este concepto, y tal omisión condenatoria no fue impugnada por la parte demandante.

Con respecto a los hechos que originaron las lesiones del demandante Lubier González Cháux, las que en concepto del Médico Jefe de la División de Medicina Laboral y del Trabajo " permiten establecer que presenta secuelas de catarata traumática en ojo derecho con pérdida total y definitiva de su funcionalidad; esta entidad le ocasiona una pérdida de su capacidad laboral del SESENTA POR CIENTO (60%) que se contará desde el 18 de marzo de 1987 con afectación indefinida e irreversible, la Sala considera que aquellos constituyen o tipifican una falla del servicio.

A tal conclusión se arriba si se tiene en cuenta que el soldado Libardo Cruz Borja prestaba sus servicios como centinela de BIJUA (Batallón Jaunanbú) con base en Florencia (Caquetá), y que fue él quien disparó su arma de dotación oficial, fusil G-3, contra el automotor que conducía en inmediaciones del aludido batallón el lesionado González Cháux.

Tal conducta agresiva e injustificada del mencionado centinela frente a un ciudadano que, a sabiendas o sin conocer que la zona era de tráfico restringido, conducía por la misma un vehículo de carga debe severamente cuestionarse, porque en momento alguno se dieron motivos, razones o circunstancias que le permitieron al soldado disparar contra el inerme e indefenso conductor; y de otra parte, dicho miembro de la institución militar no fue objeto de irrespeto o agresión, que en extremo lo autorizara para utilizar tan violentamente su arma de dotación,sin interesarle que estaba de por medio la integridad física y la vida no solo del conductor afectado sino de todos los residentes en el sector, algunos de los cuales relatan los testigos, resultaron levemente lesionados como consecuencia del brutal despliege de fuerza del soldado aludido.

No se entregan las armas a la fuerza pública para que abusiva e irresponsablemente haga uso de ellas. Los deberes y obligaciones que sus miembros asumen implican en ocasiones la utilización de las armas, pero siempre sometidos a elementales normas de responsabilidad, cautela y prudencia que procuren el menor daño posible a los ciudadanos y a sus bienes. En el caso que se estudia no se encuentra explicación siquiera razonable al comportamiento exagerado e innecesariamente violento y agresivo del soldado centinela.

Ciertamente consta en el proceso que en la calle aledaña al mencionado Batallón Juanambú, su personal había colocado una especie de " retén " temporal consistente en una guadua que, al decir de los testigos, apenas alcanzaba a cubrir la mitad de la vía. Sobre la prohibición y horario para transitar en el sector ningún aviso o advertencia habían colocado los militares. Al parecer, por constituir paso obligado hacia las galerías de la población, por esa vía transitaban los carros que se dirigían allá a entregar o recoger mercancías y víveres. El vehículo una vez se iniciaron los disparos se detuvo y retrocedió. Sin embargo aquellos continuaron. No hay demostración alguna en el proceso que permita deducir por parte del centinela alguna señal de advertencia, voces de alto, disparos de prevención, etc., absolutamente ningún comportamiento preventivo asumió dicho militar, antes de agredir al pacífico e incauto conductor.

Precisamente la testigo Hilde Ortiz (Fols 120-125) afirma que la guadua fue colocada " para que no pasaran carros por la noche", y sobre el paso de los carros manifestó: " como ellos siempre pasaban por un ladito... como por ahí queda la galería entonces ellos pasaban por un ladito a descargar...", expresiones éstas que permiten entender el confiado proceder de Lubier González al pretender utilizar la calle como ruta ordinaria hacia las galerías. Tal parece que así lo hacían gran parte de conductores que " pasaban por un ladito ",sin que hubieran sido agredidos con arma de fuego. Sostiene también el declarante mencionado que sobre la prohibición del tránsito " A nosotros no nos habían dicho nada".

Cabe señalar además que de acuerdo con la certificación expedida por el Instituto Departamental de Tránsito y Transporte del Caquetá (Fol. 199), " este Instituto no tenía prohibida la circulación de vehículos por la carrera 14 entre calles

17 y 18 de esta ciudad, de acuerdo a la Orden del Día correspondiente al domingo 8 de marzo de 1987; como tampoco habían señales de tránsito que restringieran el paso vehícular por ese sector". En tales condiciones resulta más censurable el actuar de los miembros de la fuerza pública al impedir el tránsito del camión conducido por González Cháux, por una calle pública, sobre la cual la autoridad competente no había impuesto restricción, ni existían las señales preventivas e informativas indispensables para que la ciudadanía conociera a ciencia cierta el alcance y las condiciones inherentes a la restricción de tránsito inconsultamente impuesta por el personal armado del Batallón Juanambú. Si además dispara sin motivo contra quien por dicha vía circula en un automotor y se lo lesiona de gravedad, así de improviso, sin motivo justificado y sin que mediaran señales preventivas, se impone concluir que en tal evento se configura una evidente falla del servicio.

Se observa además que dado el carácter oficial del arma utilizada contra el demandante, el caso bajo estudio bien pudiera manejarse por la vía de la falla presunta. Se trató de un fusil G-3 de dotación oficial. (Fol. 146).

Ahora bien, la falla del servicio originó las lesiones que afectaron directamente a Lubier González Cháux, a su esposa, su hija y demás familiares generando los correspondientes perjuicios. De otra parte, la relación causal entre éstos y aquella, es tan evidente que sin la falla de la administración no se hubiese originado el daño. Se integran, pues, en esta forma, los tres elementos básicos de la responsabilidad extracontractual, y en tales condiciones debe declarársela a cargo del ente demandado, como lo pretenden los accionantes.

Corolario obligado de atribuirle a la administración la responsabilidad por las lesiones inferidas a González Cháux, es la obligación de indemnizar a los demandantes por los perjuicios causados y procesalmente acreditados.

En cuanto a los perjuicios de orden moral, reconocidos por el *a-quo* en favor del lesionado, su padre, su progenitora y su esposa, en el equivalente en pesos a 800 gramos de oro para cada uno; 500 gramos para su hija y 300 gramos para cada uno de los hermanos del herido, considera necesario la Sala hacer algunas modificaciones al respecto.

En efecto, no obstante la relativa discrecionalidad del Tribunal para tasar el valor indemnizatorio de los perjuicios morales, dadas la naturaleza de las lesiones y su verdadera y real proyección sobre las personas indemnizadas, a cada una de ellas se les debe reconocer el equivalente en pesos de 800 gramos de oro fino para Lubier González Cháux; 200 gramos del mismo metal para cada uno de sus padres y 500 gramos para su esposa y su hija. El reconocimiento en favor de los hermanos se revocará por cuanto no están realmente demostradas las condiciones de especial afecto y fraternidad, ni su convivencia bajo el mismo techo, que permitan asegurar en ellos una afectación moral y sentimental acorde con la tasación que del daño moral en ellos hizo el Tribunal. Los testimonios que pretendieron demostrarlo no

son de recibo por cuanto las respuestas obedecen a preguntas francamente segestivas que obviamente llevaban a que los declarantes respondieran afirmativamente sobre los interrogantes propuestos.

El Banco de la República certificará el precio interno del oro a la fecha de la ejecutoria de este fallo y los interesados deben allegar la certificación junto con la respectiva cuenta de cobro.

La liquidación de perjuicios materiales, según se advirtió en esta misma providencia, solo abarcará la indemnización debida o consolidada, no así la futura o anticipada por cuanto el *a-quo* omitió liquidarla y la parte actora no recurrió lo decidido.

De otra parte, estima la Sala que la condena puede hacerse en concreto y para tal efecto se toman en cuenta los siguientes elementos de información:

Con relación al salario, se tiene establecido que el lesionado sí desempeñaba una actividad productiva laboral, de la cual dependía él, su esposa y su hija. Sin embargo, no se acreditó la cuantía de sus ingresos y los testimonios allegados con tal fin no son lo suficientemente acordes, precisos y convincentes. Por esta razón, se liquidará el monto indemnizatorio debido, sobre una base económica equivalente al salario mínimo legal vigente a la fecha del accidente, pero actualizado a la fecha de esta sentencia.

El período comprende desde el día del hecho dañoso hasta el día que se produzca este fallo, es decir, desde el 8 de marzo de 1987 al 28 de mayo de 1992, lapso equivalente a 62.6 meses.

El salario mínimo en marzo de 1987 de acuerdo con el D. 3732 de 1986 era de $20.509.80, y para actualizarlo con base en los Indices de Precios al Consumidor, se utiliza la fórmula:

$$Vp = Vh \frac{\text{Indice final}}{\text{Indice inicial}}$$

; donde: Vp, es el valor presente, Vh, valor histórico o inicial ($20.509.80); Indice inicial es el vigente en marzo de 1987 (68.10); Indice final es el vigente a la fecha de la sentencia (238.32).

$$Vp: 30.509.80 \frac{238.32}{68.10} = 71.775.26$$

Para liquidar la indemnización debida, se útiliza la fórmula:

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

; donde: S, la suma que se busca; Ra, la renta actualizada ($ 71.775.26); i, corresponde al interés técnico mensual (0.004867); y n, el número de meses a indemnizar (62.6).

$$S = 71.775.26 \frac{(1 + 0.004867)^{62.6} - 1}{0.004867} = 5.237.974.72$$

La suma anterior corresponde a una indemnización absoluta por causa de una incapacidad laboral plena o total, situación que no se dá en el caso bajo estudio por cuanto la incapacidad laboral permanente establecida por medicina laboral es del 60% y sobre este porcentaje se calculará el monto indemnizatorio, cuyo valor definitivo queda en la cantidad de $3.142.784.83.

No hay lugar a indemnización de perjuicios materiales por daño emergente como consecuencia de los daños causados al camión por cuanto no se acreditó procesalmente su propiedad.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, parcialmente de acuerdo con el concepto fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERA. Confírmase los ordinales Primero, Cuarto y Quinto de la sentencia apelada, esto es, la de 16 de noviembre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá.

SEGUNDA. Modificanse los ordinales Segundo y Tercero del fallo recurrido los cuales quedan así:

Segundo. Como consecuencia de la anterior declaración, condénase a la Nación Colombiana- Ministerio de Defensa Nacional - a pagar por concepto de perjuicios morales los siguientes valores:

a) Para Lubier González Cháux el equivalente en pesos a 800 gramos de oro fino.

b) Para Marleny Iquira Collazos el equivalente en pesos a 500 gramos de oro fino.

c) Para la menor Indira Alejandra González Perdomo, representada por su progenitora Francia Helena Perdomo Fajardo la misma equivalencia a 500 gramos de oro fino.

d) Para Agustín González Medina y Priscila Cháux Rojas de González, el equivalente en pesos a 200 gramos de oro fino, para cada uno.

Las anteriores equivalencias se liquidarán de acuerdo con el precio interno del oro para la fecha de ejecutoria de esta providencia, según lo certifique el Banco de la República. Los interesados allegarán con las cuentas de cobro dicha certificación.

Tercero: Como consecuencia de la declaración de responsabilidad, condénase a la Nación Colombiana- Ministerio de Defensa Nacional a pagar a Lubier González Cháux, por concepto de perjuicios materiales debidos, en concreto la suma de tres millones ciento cuarenta y dos mil setecientos ochenta y cuatro pesos con 83/100 ($3.142.784.83) moneda legal.

TERCERA; Para el cabal cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A, se expedirán las copias respectivas de las sentencias, con constancia de su ejecutoria, con destino a las partes y haciendo precisión sobre cuál o cuáles resultan idóneas para la efectividad de los derechos reconocidos.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, veintiocho (28) de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

Expediente N° 6530. Actor: Lubier González Cháux y Otros.

HIJO EXTRAMATRIMONIAL-Reconocimiento/**HIJO EXTRAMATRIMONIAL/ LEGITIMACION POR ACTIVA/ PRUEBAS**

Aunque en el pasado la jurisprudencia se había inclinado por la tesis de que el acta de nacimiento de los hijos extramatrimoniales, que se limita a registrar el nombre de la madre, de fe del parto, esa perspectiva jurídica no la patrocina hoy la Corporación, habida consideración del desorden e informalidad con que se vienen haciendo, en muchas Notarias, los citados registros. La Sala no exige que una madre extramatrimonial, que acaba de dar a luz, vaya inmediatamente al pueblo a sentar el registro de su hijo. Esa solemnidad, si se quiere hacer el reconocimiento del hijo extramatrimonial, bien puede cumplirse años después. Si por exigir la ley que se pruebe el parto y que la madre era soltera o viuda cuando tuvo el hijo, se concluye que la prueba se torna exigente, es queja que debe dirigirse al legislador, no al juez.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., junio cuatro (4) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero ponente: *Dr. Julio Cesar Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente N° 7019; Actor: Jairo Ricardo 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 procurador judicial de la parte actora, contra la sentencia calendada el día dieciocho (18) de julio de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que en su parte resolutiva, *DISPUSO:*

" 1°. Decláranse, no probadas las excepciones de ilegitimidad de personería sustantiva, y de demanda en indebida forma.

"2°. Declárase administrativamente respondable a la NACION COLOMBIANA (Ministerio de Defensa Nacional) por el disparo de arma de dotación oficial, que ejecutó el soldado José Ignacio González, el día 20 de febrero de 1988, en la persona de JAIRO RICARDO.

" 3°. Como consecuencia de la declaración anterior, se condena a la NACION Colombiana (Ministerio de Defensa a reconocer y a pagar a JAIRO RICARDO, a título de indemnización por PERJUICIOS MATERIALES, el valor que arroje la operación matemática de suma, de las liquidaciones histórica y futura, determinadas en la parte motiva de esta providencia.

" 4°. Condénase además, a la NACION Colombiana (Ministerio de Defensa Nacional), a reconocer y a pagar a JAIRO RICARDO, a título de indemnización por PERJUICIOS morales, el valor en pesos colombianos a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, de mil gramos oro, y de acuerdo a lo dicho en la exposición motiva de este proveído.

" 5°. Las sumas liquidadas ganarán intereses comerciales corrientes dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, y comerciales moratorios, del vencimiento de ese término, hasta su cancelación.

" 6°. Niéganse las demás súplicas de la demanda.

" 7°. Para el cumplimiento de este fallo, dése aplicación a los artículos 176 y 177 del C.C.A. (Decreto Ley 01 de 1984).

" 8°. Si no fuere apelado, consúltese con el superior (artículo 184 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 de los considerandos del fallo, en el cual se razona judicialmente dentro del siguiente temperamento:

Los señores JAIRO DELGADO RICARDO, hoy JAIRO RICARDO, MARIA RUTH y JUDITH RICARDO, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la ACCION DE REPARACION DIRECTA Y CUMPLIMIENTO, que consagraba el hoy modificado (1) artículo 86 del Decreto ley 01 de 1984, presentaron para ante esta Corporación demanda, contentiva de las siguientes peticiones:

I. PRETENSIONES:

" PRIMERA: Declarar a la NACION (Ministerio de Defensa Nacional) administrativamente responsable de la herida y amputación de una pierna

causadas al señor JAIRO RICARDO, antes Jairo Delgado, el dia 20 de febrero de 1988 en la ciudad de Bogotá".

" SEGUNDA: Condenar a la NACION (Ministerio de Defensa Naconal) a pagar a Jairo Ricardo, antes Jairo Delgado Ricardo, María Ruth y Judith Ricardo, la totalidad de los perjuicios materiales y morales causados a los demandantes con motivo de la falta de la administración cometida por la parte demandada el 20 de febrero de 1988 en la persona de Jairo Ricardo, antes Jairo Delgado Ricardo".

" TERCERA: Condenar a la NACION (Ministerio de Defensa Nacional) a pagar dentro del plazo señalado en el artículo 176 del C.C.A, en sumas líquidas de moneda de curso legal en Colombia y ajustada a dicha condena tomando como base el índice de precios al consumidor o al por mayor existente el 20 de febrero de 1988 y el que exista cuando se produzca el fallo de segunda instancia, a favor de JAIRO RICARDO, antes JAIRO DELGADO RICARDO, los perjuicios materiales, debidos o consolidados y futuros según las tablas de supervivencia del demandante, para lo cual se tendrá en cuenta el día de su nacimiento y la fecha probable de su muerte, la fórmula de matemáticas financieras adoptada por el Consejo de Estado, un salario de mil pesos,diarios más el 25% de prestaciones sociales y en su defecto el salario mínimo vigente el 20 de febrero de 1988 y el grado de incapacidad que se fije a la persona del demandante mencionado.

" CUARTA: Condenar a la NACION (Ministerio de Defensa Nacional) 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 fino de acuerdo con el precio internacional, según certificación que expida el Banco de la República a la fecha de la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia; A) Para Jairo Ricardo, antes Jairo Delgado Ricardo un mil gramos, B) Para María Ruth y Judith Ricardo quinientos gramos oro para cada una de ellas"

"QUINTA: La Nación dará cumplimiento a la sentencia que se profiera dentro del término prescrito en el artículo 176 del C.C.A. y pagará intereses de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 177 inciso 5° Ibídem. (Véanse folios 2 a 4 del expediente).

II. ANTECEDENTES:

" La demanda individualiza los hechos y hace una enumeración de veintisiete - Véanse folios 4 a 9 del expediente-. Lo fáctico fundamental puede presentarse así:

" A. Jairo Ricardo, antes Jairo Delgado Ricardo, fue herido con arma de dotación oficial el día 20 de febrero de 1988. El arma fue disparada por el agente de nombre José Ignacio González.

" B. A consecuencia de la herida, sufrió amputación de la pierna izquierda.

" C. Con anterioridad al acontecimiento a que refiere el literal A, Jairo Ricardo, - antes Jairo Delgado Ricardo- gozaba de perfecta salud; sus dos piernas estaban perfectas.

" D. Jairo Ricardo, antes Jairo Delgado Ricardo, es hijo extramatrimonial de Bertilda Ricardo.

"E. Jairo Ricardo, antes Jairo Delgado , tiene como hermanas a Judith y a Ruth Ricardo, también hijas extramatimoniales de su madre. Este vivía con Judith y tenía relaciones de hermandad y afecto con ambas.

" F. Antes del 20 de febrero de 1988, Jairo Ricardo, - identificado con anterioridad como Jairo Delgado Ricardo-, trabajaba en una forma de propiedad de los señores Jorge Antonio Galindo y Ana Tulia de Galindo. Ganaba mil pesos diarios y tenía a razón de prestaciones sociales, un 25% de dicha suma (Véase hecho 5 de la demanda; folio 5 del expediente).

"G. La falta del servicio ocasionó daños - disminución de la capacidad laboral; hecho 18 folio 7- y morales en Jairo Ricardo, antes Jairo Delgado Ricardo y morales en sus hermanas Judith y Ruth Ricardo.

" H. A Jairo Ricardo, le fue expedida cédula de ciudadanía cuando prestaba el servicio militar, a nombre de Jairo Delgado Ricardo. Se acudió a la Registraduría Nacional del Estado Civil y se corrigió el error.

...

VII. CONSIDERACIONES:

" Se ha demandado a la NACION (Ministerio de Defensa Nacional), para que responda a todos los perjuicios materiales y morales, sufridos por JAIRO RICARDO - antes Jairo Delgado Ricardo- y sus hermanas, JUDITH y RUTH RICARDO. La reclamación tiene como causa las heridas con arma de fuego que sufrió el primero y que conllevaron a la amputación del miembro inferior izquierdo.

A. ESTUDIOS PREVIOS:

" Como de conformidad con lo estatuido en el inciso 2° del artículo 304 del C.P.C., modificado por el Decreto ley 2282 de 1989, la sentencia deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones, y de las excepciones, CUANDO PROCEDA RESOLVER SOBRE ELLAS, se procederá al análisis de las propuestas:

"*1. Ilegitimidad de personería sustantiva.*

" Afirma el apoderado judicial del demandado, que se observa en el libelo de demanda que el nombre del actor JAIRO RICARDO no corresponde al que aparece en la cédula de ciudadanía 6'766.265 de JAIRO DELGADO RICARDO, que ha debido presentar la correción del nombre de conformidad con al artículo 3° del Decreto 1260 de 1970.

" La sala halla, que la ilegitimidad alegada no tiene asidero alguno.

" En efecto:

" El libelo demandatorio señaló en los hechos 23 a 25, como uno de los demandantes, JAIRO RICARDO, la Registraduría Nacional del Estado Civil le expidió la cédula de ciudadanía número 6'766.265 pero a nombre de JAIRO DELGADO RICARDO. Que pedida corrección, la Registraduría enmendó el error, y luego, el mismo número cedular, figura ahora a nombre de JAIRO RICARDO.

"Así mismo, el apoderado judicial y en la demanda, dentro del acápite de PETICION DE PRUEBAS - documentales de oficio literal b- solicitó a esta Corporación librar comunicación al señor Registrador Nacional del Estado Civil, con el fin que certificara que bajo la cédula de ciudadanía 6'766.265, expedida inicialmente a nombre de Jairo Delgado Ricardo, fue corregido el nombre, por el de JAIRO RIVCARDO.

" Dentro del proceso, obra DOCUMENTO PUBLICO, oficio de 28 de junio de 1989, remitido por el Jefe de Cedulación de la Registraduría Nacional del Estado Civil en el que se dice:

> " La cédula de ciudadanía N° 6766265 fue expedida a JAIRO DELGADO RICARDO en Tunja - Boyacá el 09 de diciembre de 1979, posteriormente el 12 de octubre de 1988 el mismo ciudadano solicitó rectificación por SUP. 2°. APELL CAMBIO FECHA NAC. quedando RICARDO JAIRO. NACIDO 27 SEP. DE 1954". (Véase folios 123, y 124 a 127, fotocopias de tarjetas DECADACTILARES).

Lo anterior hace colegir, la falta de fundamentación de la ilegitimidad pretendida.

" La excepción no prospera.

" 2. *Falta de estimación razonada de la cuantía:*

" Con apoyo jurisprudencial se alega que, la estimación de la cuantía debe precisarse, es decir, razonarse. Que no basta sólo la afirmación del *quantum.*

" Tampoco tiene este hecho, verdad jurídica. Siendo las pretensiones de condena, relativas al perjuicio moral y material, se estimó la cuantía así:

" El proceso se determinó en dos instancias, por tener una cuantía mayor a $3'500.000, ya que la pretensión mayor, -SIN SUMAR LAS OTRAS-, por perjuicios morales, es el equivalente en pesos, de mil gramos oro, que según certificado adjunto del Banco de la República, valen aproximadamente cuatro millones cuatrocientos mil pesos ($4'400.000). Se acompañó con la demanda certificación para junio 27 de 1988, en que el gramo oro tenía como valor $ 4382.45 (Véase folio 20). En cuanto a los perjuicios materiales, se dieron además hechos para RAZONAR LA CUANTIA. Primero, se señaló la fecha del HECHO LESIVO- 20 de febrero de 1988-, segundo, aparece en la demanda el sello de presentación personal - 19 de agosto de 1988- y tercero, se reclama como indemnización por día la suma de $1.000.oo ó la del salario mínimo legal, es decir 858.58 según decreto 2545 de 1987, artículo 1° (Véanse folios 3 pretensión tercera- y folio 10 literal F).

" De lo anterior, es indudable que el demandante cumplio en perfección el requisito de ESTIMACION RAZONADA DE LA CUANTIA, el cual no solo incide en la competencia FUNCIONAL de la corporación, sino además, en la determinación de la cuantificación del perjuicio.

" No prospera la excepción.

"3. *Falta de señalamiento en la demanda, de las normas violadas y concepto de la violación.*

La ley no exige como lo observa el demandado, que en las ACCIONES INDEMNIZATORIAS DIRECTAS, se hagan cargos de violación y se aduzca el concepto de lo conculcado, ya que estos son requisitos del libelo, para cuando se impugnan ACTOS ADMINISTRATIVOS.

" Dice el artículo 137 del C.C.A. -Decreto ley 01 de 1984- en cuanto al contenido de la demanda, que deberá contener, entre otros:

".....

" 4) Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate *de la impugnación de un acto administrativo* deberán indicarse las normas violadas y el concepto de la violación..." (Subrayas fuera del texto).

" No prospera la excepción.

"B. ESTUDIO DE FONDO:

"1. FALLA PRESUNTA:

"Como la responsabilidad pretendida se vincula instrumentalmente a la utilización de arma -ACTIVIDAD PELIGROSA- por parte de un soldado, AGENTE DE LA ADMINISTRACIÓN, ubica el juzgador del estudio, dentro de la responsabilidad subjetiva y CON PRESUNCION DE FALLA (Artículo 2356 del C.C).

" Cuando como en este régimen se prueba el hecho, el cual se presume la falla - artículo 66 del C.C. y 176 del C.P.C.-, y además no se comprueban eximentales de responsabilidad - hecho del tercero, culpa de la víctima y fuerza mayor-, se requiere también analizar el DAÑO Y LA RELACION DE CAUSALIDAD.

" En el caso *in- examine* se encuentra probado el hecho en el cual se funda la presunción:

" a) Mediante sentencia de mayo 2 de 1989 -EL TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR, confirmó la que profirió el 30 de enero de 1989, el Comando del Grupo Mecanizado N° 13 " Rincón Quiñones", juzgado de instancia. La consulta había dispuesto que de las diligencias sumarias no existe mérito para convocar Consejo de Guerra y ordenó cesar todo procedimiento en razón a que, si bien el SOLDADO JOSE IGNACIO GONZALEZ causó al particular JAIRO DELGADO, daño en el cuerpo y en salud, con ocasión del servicio y con arma de dotación ,se presentó una causal de INCULPABILIDAD, como es la prevista en el numeral 3° del artículo 40 del Código Penal, es decir, cuando. "... 3 QUIEN REALICE EL HECHO CON LA CONVICCION ERRADA E INVENCIBLE DE QUE ESTA AMPARADO POR UNA CAUSAL DE JUSTIFICACION,...(Véanse copias debidamente autenticadas de las providencias de primera instancia y consulta a folios 86 a 107 el expediente.)

" b) A folio 122, del expediente, aparece, RESUMEN DE LA HISTORIA CLINICA, remitida por el Centro Hospitalario, SAN JUAN DE DIOS, Departamento de Informática y admisiones, en el cual se lee que el paciente JAIRO DELGADO ingresó el dia 21 de febrero de 1988 por haber " SUFRIDO HERIDA CON ARMA DE FUEGO EN MUSLO IZQUIERDO (Véase folio 122 del espediente).

" c) A través de oficio de julio 2 de 1989, el Comandante de la Décima Tercera Brigada, dirigido al Comandante del Ejército - quien le solicitó información requerida por esta Corporación judicial-, le señaló entre otras, que, "... en las horas de la noche del 20 de febrero de 1988, un Pelotón del Grupo Rincón Quiñones comándado por el señor ST OSCAR RUIZ MACHADO, realizó un operativo militar en el sector del Barrio Las Ferias, de esta ciudad, en desarrollo del plan Gema, resultando herido por un disparo de fusil el particular JAIRO DELGADO RICARDO quien fue transladado al Hospital San Juan de Dios. El causante de este hecho fue el soldado JOSE IGNACIO GONZALEZ" (Véanse folios 116 a 118, del expediente).

" Las pruebas analizadas, en criterio del juzgador, prueban fehacientemente el HECHO que hace presumir la FALLA. Ellas, en la modalidad de pública documental, cumplen las exigencias de ley, artículos 252, 254 y 258 del C.P.C.

" Previo, al estudio del ELEMENTO DE RESPONSABILIDAD, DAÑO, es bueno poner de relieve, puntos jurídicos de importancia, con relación a la sentencia penal, que dio por probado el HECHO CAUSANTE DEL PERJUICIO, por el cual se le adelantaba proceso al SOLDADO José Ignacio González, quien disparó con arma de dotación, DETERMINA FALLA EL SERVICIO POR PRESUNCION.

" Tenemos:

"- Que la acción civil, RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL contra la Nación Colombiana, podía iniciarse y proseguirse en razón a que los efectos de la cosa penal absolutoria en el caso en cita, no son de aquellos, para lo cuales la acción civil no puede iniciarse; están indicados en el artículo 55 del C.P.A.

" ART. 55.- EFECTOS DE LA COSA JUZGADA PENAL ABSOLUTORIA. La acción civil no podrá iniciarse ni proseguirse cuando en el proceso penal se haya declarado, por providencia en firme, que el hecho causante del perjuicio no se realizó o que el sindicado no lo cometió o que éste obró en cumplimiento de un deber o en legítima defensa".-

" - Que la absolución al SOLDADO González José Ignacio, fue como ya se anoto anteriormente, por haberse presentado la causal de inculpabilidad del numeral 3° del artículo 40 del C.P.: QUIEN REALICE EL HECHO CON LA CONVICCION ERRADA E INVENCIBLE DE QUE ESTA AMPARADO POR UNA CAUSAL DE JUSTIFICACION".

" Es sabido que el agente de la administración, fuerzas armadas soldado en este caso, puede ser juzgado por delitos en ejercicio del servicio, y que por este puede ser sancionado penalmente, o sobreseido. Esas decisiones miran al fuero personal. Pero en esa calidad, agente de la administración, puede en algunos casos, comprometerla patrimonialmente, ya que no puede escindirse la actuación del agente de la administración.

" Con antelación, se anotaba, cómo la acción civil o de responsabilidad administrativa extracontractual podía iniciarse o proseguirse cuando en el proceso penal se haya declarado, por providencia en firme, que el hecho causante del perjuicio no se realizó o que el sindicado no lo cometió o que éste obró en cumplimiento de un deber legal o en legítima defensa.

Así entonces, la causal de inculpabilidad presentada para ante el soldado, lo exonero de sanción penal, se le sobresee, pero da lugar a comprometer pecuniariamente a la Nación.

" Este Tribunal, ultimamente, ha venido adentrándose en estos temas. En providencia de diciembre 6 de 1990, en que fue ponente el Magistrado Hector Alvarez Melo, expediente N° 86-D-3105, se precisó, como la CAUSAL DE INCULPABILIDAD declarada por el Juez Penal, en sentencia ejecutoriada, no está consagrada por el artículo 55 del C.P.P., con efecto de cosa juzgada frente a la acción civil o la contencioso administrativa.

" 2. EL DAÑO:

En el *sub-lite,* también se estructura este elemento, pues el HECHO ADMINISTRATIVO, causó perjuicio a JAIRO RICARDO.

" El daño debe reunir varias condiciones, es decir, que sea cierto, que sea particular, y que se refiera a una situación jurídicamente protegida.

" a) QUE SEA CIERTO - el disparo de arma de fuego, produjo inicialmente en JAIRO RICARDO, fractura del muzlo izquierdo, abierta tipo III, con compromiso neurológico y lesión vascular. En el Hospital San Juan de Dios, se le hizo la exploración vascular femoral distal y ligadura de arteria y vena femoral, superficial. Pero, el paciente siguió refiriendo a dolor intenso, presentando ausencia de pulso, piel fria y nula perfusión distal. Se le hizo tranfusión de sangre y se le llevó a cirugía, donde se le practicó AMPUTACION SUPRACONDILEA del MIEMBRO INFERIOR IZQUIERDO. El señor JAIRO RICARDO, fue examinado en el transcurso de este proceso por la Sección de Medicina, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, y se determinó una disminución de capacidad laboral de un 70% de acuerdo al numeral 345 del Decreto 776 de abril de 1987 (Véase folio 63, del expediente).

" La amputación de la pierna izquierda alteró la estructura corporal de JAIRO RICARDO, lo deformó permanentemente; lo privó del goce vital y natural, de locomoción humana; lo hizo diferente y extraño a lo normal que con antelación tenía.

" b) QUE SEA PARTICULAR -Jairo Ricardo - demandante- es la persona que sufrió la acción lesiva.

" c) QUE SEA UNA SITUACION JURIDICAMENTE PROTEGIDA. La Constitución Colombiana de 1886, artículo 16, norma vigente para la ocurrencia del hecho, estatuía la justificación del estado, sus fines, sus deberes sociales y su responsabilidad. Allí se hacía la consagración del deber de la administración y del derecho recíproco de TODAS LAS PERSONAS RESIDENTES EN COLOMBIA , EN SUS VIDAS, HONRA Y BIENES.

" La situación protegida en el caso en estudio, es entonces, de orden constitucional.

" 3. UN NEXO CAUSAL:

" También se configura este elemento. El DAÑO, fue consecuencia de la falla, presumida por la Ley.

" C. LAS PRETENSIONES:

" 1. *La petición primera, de declaratoria de responsabilidad extracontractual de la Nación,* habrá de prosperar; los elementos integradores de responsabilidad se hallan comprobados.

" 2. *La petición segunda, refiere a la condena consecuencial, de indemnización por perjuicios materiales y morales a favor de Jairo Ricardo.*

" *a) En cuanto al perjuicio material:*

" Los hechos que se presentan en esta demanda; como fuente de esta pretensión procesal, refieren a que Jairo Ricardo trabajaba en la fama del señor Jorge Antonio Galindo, ganaba mil pesos diarios, y obtenía como prestaciones sociales un 25% del salario al año. Señala la demanda que en el evento de no probarse esa suma, debe tenerse como salario el de $854.58 fijado como mínimo legal para el año del acontecer trágico, por el Decreto 2545 de 1987.

" En prueba de esas afirmaciones fácticas se recepcionaron declaraciones de terceros. Para este punto fueron oidos los señores Miguel Angel Acuña y Jorge Antonio Galindo.

"- MIGUEL ANGEL ACUÑA: Declaró, que Jairo Ricardo era compañero de trabajo en el expendio de carne de Ana Tulia Galindo. Que se ocupaban en los oficios de organización de carne, destaza, picado, venta y entrega de la misma. Que recibían como pago el mínimo legal y al final del año recibían la liquidación. - Que este oficio lo desempeñó Jairo, por espacio de dos años. (Véanse folios 143 a 145).

"- JORGE ANTONIO GALINDO: Declaró que Jairo Ricardo era para el momento de los hechos, empleado suyo, en un expendio de carne. Que este tenía entre otros oficios, el de ayudarle tres veces a la semana, -lunes, miércoles y viernes, al descargue y distribución del mercado de hígado, callo y víseras. Que andaba con él en el vehículo, y el horario esos días era de 1 a 11 de la mañana. Que Jairo Ricardo tenía como salario en mínimo y que obtenía del señor Galindo, la posada, alimentación y lavado de ropas. Que su última liquidación fue de $50.000.oo.

" De esas declaraciones de terceros, la Sala toma como base de la liquidación del perjuicio material alegado, SOLO el salario mínimo legal. No puede agregar a este otros factores, salario en especie y los de prestaciones sociales, ya que de las probanzas no puede darse como cierto ese hecho.

" Si bien se quiso hacer prueba sobre el SALARIO EN ESPECIE, a más que no puede comprobarse, tampoco se hizo enunciación fáctica. Este Tribunal de Justicia ha venido precisando que, los hechos en que se funda el juicio deben tener enunciación en el libelo introductorio del mismo o en su contestación -según el caso- los cuales demarcan el estudio de las pretensiones. En la declaración del señor Galindo, se lee que hospedaba, alimentaba y contribuía con el lavado de ropa, afirmaciones únicas en este proceso, que no merecen tenerse como prueba. Todavía más, cuando de la declaración de CARLOS ROBERTO GARZON (véanse folios 149 a 151), amigo de Jairo Ricardo, asevera éste, que aquél se hospedaba cerca de donde trabajaba. Es de ley, artículo 187 del C.P.C., que la apreciación de las pruebas debe hacerse en conjunto, y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, como también debe el juzgador exponer razonablemente el mérito que le asigne a cada una. Además, la demanda no hizo enunciación de los hechos, que individualizarán las pretensiones sociales que Jairo Ricardo percibía. Y siendo que éste trabajaba como empleado particular, no se probó que obtuviera pago de

PRESTACIONES LEGALES O EXTRALEGALES. No puede ser prueba - suficiente de pago de prestaciones sociales, el hecho de que el señor Galindo, hubiese dicho que el último año le liquidó $50.000.oo.

"Tenemos además, que la base de la liquidación se hará sobre el 70% del salario mínimo legal para el año de 1988, ya que así se determinó en la demanda. Si bien el declarante Jorge Antonio Galindo expuso,, que Jairo Ricardo recibía además, salario en especie, lo cierto es que no determina prueba plena; y como ya se dijo, la reclamación se limitó a salario mínimo legal, si no se podía probar el de $1000, diarios.

"Procede entoces la sala, a elaborar las liquidaciones HISTORICA Y FUTURA.

"a.1) *HISTORICA.* Comprende ella el período conformado entre el dia 20 de febrero de 1988 y el 18 de julio de 1991, fechas relativas a, la primera, al dia de producción del hecho administrativo accidente- y la segunda fecha atinente a la fecha de esta sentencia.

" La fórmula matemática corresponde a la siguiente:

$$IH = \frac{Vf\ (1+i)^{n-1}}{i}$$

" Donde:

IH Indemnización histórica.

Vf Valor final. (Es el dejado de recibir al momento de la producción del hecho administrativo - VALOR PRESENTE -, actualizado con los índices de precios al consumidor para el dia de la actividad administrativa - índice inicial-, y el de la sentencia - índice final-. Es decir, que el valor final es el resultado de:

$$Vf = Vp \times \frac{\text{indice final}}{\text{índice inicial}}$$

i= Interés anual (6%).

n= Período por el cual se debe liquidar; en este caso se toma en años habidos entre el 20 de febrero de 1988 - accidente - y el 18 de julio de 1991 - esta sentencia-

"Está probado dentro del proceso, que Jairo Ricardo para la fecha del accidente - 20-11-88- contaba con 33.39 años, ya que nació el dia 27 de septiembre de 1954 (Véase registro civil de nacimiento a folio 17 del expediente). Que además para la misma fecha, contaba con 40.80 años de probabilidad de vida (Véase tabla colombiana de mortalidad a folio 50 del expediente).

" El cálculo habrá de hacerse con períodos anuales

Vp= 218345.19 (Valor anual de lo dejado de percibir por Jairo Ricardo, es decir el 70% del salario mínimo legal anual. Como el salario mínimo legal diarios era de 854.50, el anual sería de 311921.70; el 70% es 218345.19).

i= 6% (Interés anual).

n= 3.37 (meses transcurridos entre el dia del accidente y la fecha de esta sentencia).

" Los valores anteriores se reemplazan en la fórmula:

$$\text{Indemnización histórica} = Vf \times \frac{(1+i)^{n-1}}{i}$$

$$IH = (218345.19 \times \frac{\text{Indice Final}}{\text{Indice Inicial}}) \frac{(1+i)^{3.37-1}}{6}$$

$$IH = 218345.19 \times \frac{\text{Indice Final}}{\text{Indice Inicial}} \times (16.78)$$

" Se condena entonces en concreto. La administración realizará la última operación teniendo en cuenta los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, existentes para el día 18 de julio de 1991 -INDICE FINAL-, y del dia 20 de febrero de 1988 - INDICE INICIAL-.

" a.2) *Liquidación futura:* Comprende ella, el período conformado entre el 19 de julio de 1991 - día siguiente a la fecha de esta sentencia- al día en que se cumplan sobre la anterior fecha, 37.43 años, que refieren al tiempo máximo de probabilidades de vida del señor Jairo Ricardo. (Nótese como para la fecha del accidente, 20 de febrero de 1988, contaba 40.80 años de probabilidad de vida, de los cuales se tomaron 3.37 años para la liquidación histórica). Los 37.43 años, fenecen el 25 de diciembre del año 2.025.

" La fórmula matemática corresponde a la siguiente:

$$IF = \frac{Vf\,(1+i)^{n-1}}{i\,(1+i)^{n}}$$

IF= Indemnización Futura.

Vf = Valor final. Es el valor dejado de recibir al momento de producción del hecho administrativo - VALOR PRESENTE- actualizado con los índices de precios al consumidor para el día de esta sentencia, 18 de julio de 1991 - índice final- y el de producción del hecho administrativo - 20 de febrero de 1988,- índice inicial. El valor final es el resultado de

$$Vp \times \frac{\text{Indice final}}{\text{Indice Inicial}}$$

i= Interés anual

N= Período por el cual se debe liquidar; en este caso se toma en años, entre las siguientes fechas; 19 de julio de 1991 - día siguiente a la fecha de esta sentencia- , y el 25 de diciembre del año 2025, día en que fenece el máximo de probabilidades de vida, 37.43 años.

El cálculo habrá de hacerse por períodos anuales.

$$Vf = 218345.19 \times \frac{\text{Indice final}}{\text{Indice Inicial}}$$

i= 6

n= 37.43

" Reemplazo de los valores en la fórmula:

$$IF = Vf \times \frac{(1+i)^{n-1}}{i(1+i)^{n}}$$

$$IF = \left(218345.19 \times \frac{\text{Indice final}}{\text{Indice inicial}}\right) \times \left(\frac{(1+6)^{37.43-1}}{6(1+6)^{37.43}}\right)$$

$$IF = \left(218345.19 \times \frac{\text{Indice final}}{\text{Indice inicial}}\right) \times (0.023)$$

"Se condena en CONCRETO. La administración, realizará entonces, la última operación, teniendo en cuenta los índices indicados, certificados por el DANE.

" b) *En cuanto al perjuicio moral.*

" La condena por este aspecto, será el valor en pesos colombianos, a la fecha de ejecutoria de la sentencia de mil gramos oro, valor que certificará el Banco de la República.

" *3. La petición relativa, al pago de perjuicios morales a las hermanas de Jairo Ricardo, habrá de denegarse.* Si bien se acreditó la legitimación en la causa, de JUDITH y de RUTH RICARDO para el reclamo a través de los registros civiles de nacimiento, de los cuales se deduce, que son hijos de la misma madre. Bertilda Ricardo, folios 18 y 19 del expediente - ese interés jurídico, no tiene por si solo, la consecuencia de la indemnización. A pesar aún, de que se probaron las relaciones de afecto entre ellos; que aquellas ayudaban a Jairo Ricardo, su hermano, cuando ocurrió el accidente; que éste, con antelación al accidente iba a visitarlas los fines de semana, a JUDITH y a RUTH, quienes vivían independientemente Véanse testimonios a folios 149 a 152-, lo cierto es que ello, no dá fe cierta al juzgador, que la actuación demandada menoscabó el patrimonio moral de las reclamantes. Hecho como ese, no solo impresiona a quien juzga, sino además altera y entristece a cualquier individuo normal de la especie humana. tenía que probarse entonces, y en forma indispensable, la repercusión EXTRA PATRIMONIAL. Se desconoce, fuera de la tristeza, qué ocurrió en las hermanas de Jairo Ricardo. Así entonces, como no hay prueba tendiente a establecer el dolor moral cierto, que Ruth y Judith, hayan podido sufrir con la amputación de la pierna izquierda de su hermano, esa declaración se denegará.

COSTAS:

" De conformidad con lo establecido en el artículo 392, numeral 5° del C.P.C. la Sala no condenará en costas al demandante, en razón a que las peticiones denegadas no lo fueron por inconsistentes, sino por ausencia de pruebas; además la representación del demandado se ejercitó mediante uno de sus empleados.

- II -

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 205 y siguientes del Cuaderno N° 1 obra el escrito en que el apoderado de los demandantes hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual el ha estudiado el caso, para lo cual discurre dentro del siguiente universo:

" I- LA SENTENCIA VIOLA LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE LOS PERJUICIOS MORALES A LOS HERMANOS DE LA VICTIMA AL INTRODUCIR UN NUEVO FACTOR PARA ACEPTARLOS Y TAMBIEN VIOLA LA CONSTITUCION POLITICA.

"1.- Dice la sentencia en la página 19: " 3. La petición relativa al pago de perjuicios morales a los hermanos de Jairo Ricardo, habrá de denegarse. Si bien

acreditó la legitimación en la causa de JUDITH y RUTH RICARDO para el reclamo - a través de los registros civiles de nacimiento, de los cuales se deduce, que son hijos de la misma madre, BERTILDA RICARDO, folios 18 y 19 del expediente ese interés jurídico, no tiene por sí sólo la consecuencia de la indemnización. *A pesar de que se probaron las relaciones de afecto entre ellos; que aquellas ayudaban a JAIRO RICARDO su hermano, cuando ocurrió el accidente;* (subrayado) que éste, con antelación al accidente iba a visitarlas los fines de semana, a Judith y a Ruth, quienes vivían independiente - véanse testimonios a folios 149 a 152-. Lo cierto es que ello, no da fé cierta al juzgador, que la actuación demandada menoscabó el patrimonio moral de las reclamantes. *Hecho como ese, no sólo impresionó a quien juzga, sino además altera y entristece a cualquier individuo normal de la especie humana. Tenía que probarse entonces, y en forma indispensable la repercusión extramatrimonial. Se desconoce, fuera de la tristeza, qué ocurrió en las hermanas de JAIRO RICARDO.*

Así entonces, como no hay prueba tendiente a establecer el dolor moral cierto, que Ruth y Judith, hayan podido sufrir con la amputación de la pierna izquierda de su hermano, esa reclamación se denegará. (subrayo).

" 2.- De la lectura atenta del párrafo anterior se colige lo siguiente: A) Que se demostró el parentesco entre la victima y sus hermanas demandantes. B) Que se demostraron las relaciones de cariño, afecto y ayuda mutua entre ellos. Recordemos que dice la sentencia: " A pesar aún, de que se probaron las relaciones de afecto entre ellos." C) Que debia probarse un requisito más para accdeder al pago de los perjuicios morales para las hermanas. " Tenía que probarse entonces, y en forma indispensable la repercusión EXTRAMATRIMONIAL. " Como se ve, se consagra un nuevo factor para acceder al pago de perjuicios morales para los hermanos de las victimas. Que se pruebe la repercusión EXTRAMATRIMONIAL. Lastima que la sentencia no hubiera dicho cómo se demuestra porque así los abogados en ejercicio hubiéramos tenido una guía para en el futuro acomodar los procesos que llevamos a esa exigencia. Ese factor nuevo que establece la providencia recurrida viola la Constitución y la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado.

"3.- Antes de analizar las disposiciones violadas, veamos que ha dicho la Corte sobre la imposibilidad de evaluar el perjuicio moral. En sentencia de veintisiete de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro, dentro del recurso de casación interpuesto por el demandante ALBERTO GONZALEZ ROBLES contra la sentencia del 31 de marzo de 1972 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en el proceso ordinario promovido por aquel contra el Instituto de Crédito Territorial y con ponencia del doctor GERMAN GIRALDO ZULUAGA, se dijo: *" Que experto podría evaluar con sólido fundamento el valor pecuniario del dolor que padecen los padres por la muerte trágica de un hijo? Si se justiprecia en cien mil pesos ($ 100.000.oo) o en un millon de pesos ($1'000.000.oo), qué argumentos se darían para que no se*

dudara de que el real monto sea el fijado y no uno mayor o menor? Qué fundamentos podrían esgrimirse, no para demostrar la existencia del dolor que, en tal caso y mientras no exista prueba en contrario, debe presumirse como lo tiene acertadamente declarado la jurisprudencia, sino para traducir en cifras monetarias su indemnización o reparación?".

" No existe medio conocido que satisfaga esta duda inmemorial. No hay manera de satisfacer plenamente este requerimiento de la justicia".

" Constituyendo ese dolor, empero un daño cierto, inobjetable, la doctrina y la jurisprudencia han aceptado la necesidad de repararlo o mejor de satisfacerlo. Más no encontrando modo de alcanzar esa meta en cada caso, se han elaborado distintas teorias que, en general, parten de la base de que si al autor del daño se le condena aunque sea al pago de una cantidad mínima, con ello se le obliga a expiar su falta y, simultaneamente, se concede a la victima una satisfacción". (subraya el suscrito).

" Como muy bien lo ha dicho la Corte, el perjuicio moral no se puede evaluar porque ello es imposible. El dolor humano no se puede medir en dinero y mucho menos por medio de peritos que nos digan que a este o aquel demandante se le debe reconocer tal o más cantidad por concepto de daño moral. Así las cosas, en cuanto a la responsabilidad extracontractual se refiere, el Consejo de Estado ha dicho en reiteradas jurisprudencias, por lo menos cuatro semanales, lo siguiente: Que a los seres más allegados cómo cónyuge, compañera, hijos y padres se les reconocen el equivalente a mil gramos de oro (1000) y para los hermanos, quinientos gramos (500) siempre y cuando se demustren una de las dos alternativas: Que vivían bajo el mismo techo con la victima o que guardaban con ella relaciones de cariño, afecto y ayuda mutua. Eso es todo. Pero que yo recuerde, nunca ha dicho, por lo menos en los últimos quince años que además debe probarse "la repercusión EXTRAPATRIMONIAL".

" 3.- Uno oye y lee, como a raíz de la discusión sobre la aprobación de la Nueva Constitución se trató este tema de las indemnizaciones por daños causados en la prestación de los servicios públicos o fuera de ello por agentes de las entidades de derecho público. Y entre otras cosas se consagró el principio siguiente: "El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas". Así reza el artículo 90. Y el artículo 2 dice cómo 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 del Estado y de los particulares.

" La sentencia violó los anteriores preceptos porque si llegó a la conclusión del uso negligente e imprudente de un arma de dotación oficial por parte de un miembro de la Fuerza Pública y si concluyó en la legitimación en la causa de las hermanas Ruth y Judith Ricardo y además en las relaciones de afecto con su hermano, ha debido condenar a pagar los perjuicios morales a su favor, según

las pautas jurisprudenciales el Consejo de Estado. Exigir medios de prueba imposibles que demuestren " la repercusión EXTRAPATRIMONIAL", como lo sostiene la providencia impugnada, es violar la Carta Política. Lo más grave de ella es su contradicción cuando dice simultáneamente: "HECHOS COMO ESE NO SOLO IMPRESIONA A QUIEN LO JUZGA. SINO ADEMAS ALTERA Y ENTRISTECE A CUALQUIER INDIVIDUO NORMAL DE LA ESPECIE HUMANA". Se acepta por tanto que cualquier persona se conmueve al ver un ciudadano con la pierna amputada como tuvo oportunidad de examinar al Señor JAIRO RICARDO la Honorable Magistrada ponente ya que éste concurrió a su despacho a absolver un interrogatorio de parte. Se acepta por tanto el dolor, la angustia de cualquier persona que vea a la victima con su pierna vulnerada y el dolor en el rostro pero sin embargo no se condenó al pago de los perjuicios morales a favor de sus dos hermanas dizque porque debia "probarse entonces e indispensablemente la repercusión extrapatrimonial". Se reconoce el perjuicio moral, pero se niega la indemnización porque en forma vaga y nebulosa se exige una nueva prueba no prescrita en las jurisprudencias del Consejo de Estado.

"5.- Como lo afirmé anteriormente, el Consejo de Estado ha dicho reiteradamente que para que se paguen los perjuicios morales de los hermanos se deben demostrar dos alternativas: Que vivían bajo el mismo techo o que guardaban con la victima relaciones de cariño, afecto y ayuda mutua. En sentencia de agosto 31 de 1990, expediente 5553, demandante JOSE ALFONSO OVIEDO y otra, consejero ponente doctor CARLOS BETANCUR JARAMILLO, se sostuvo: " En lo relacionado con los hermanos de la víctima se aumentará el valor de la indemnización por concepto de perjuicios morales a la suma reconocida tradicionalmente de quinientos gramos (500) de oro para cada uno y dado que se probaron los supuestos de convivencia, armonia y ayuda mutua entre ellos".

" También en sentencia de siete de junio de 1991, con ponencia del doctor DANIEL SUAREZ HERNANDEZ, expediente 6357, actor JOSE AGUSTIN VASQUEZ GONZALEZ, se dijo lo siguiente: " El reconocimiento por este rubro, para los hermanos, requiere además de la prueba del parentesco, que se acredite plenamente la existencia de estrechos lazos afectivos y de fraternidad, o, la convivencia con la occisa. A este respecto, obran las declaraciones de los Señores ANANIAS SANCHEZ VILLORIA (folio 28), quienes son contestes en afirmar que existía unión familiar y ayuda mutua entre los hermanos, que se profesaban cariño y que todos vivían pendientes de la menor NIDYA, así como que su muerte ocasionó hondos sufrimientos familiares".

" 6.- Como se ve, en ninguna de estas jurisprudencias se dice que además de la prueba de afecto y cariño o de convivencia, se demuestre la " repercusión", como equivocadamente lo sostiene la providencia apelada. En estos análisis del monto a reconocer por concepto de indemnización en los procesos de reparación directa, debe haber una unificación de la jurisprudencia nacional, porque no es equitativo que un tribunal fije un monto, el demás allá señale

menos para el mismo grupo familiar y otro exija nuevos medios de prueba, diferentes a los tradicionales. Ello crea el caos dentro de la jurisprudencia nacional y configura injusticias en las víctimas y sus parientes porque se tendrán entonces indemnizaciones mas altas en unos departamentos y en otras más bajas o negadas en algunos porque el respectivo tribunal exige requisitos diferentes a los de otros. Corresponde por tanto al Consejo de Estado unificar esos criterios para que exista equidad y uniformidad en todo el país y si un tribunal inferior viola la jurisprudencia del Tribunal Supremo de lo contencioso administrativo, pues debe revocarse la sentencia para ajustar a lo dicho por el superior.

"II- DENTRO DEL PROCESO SI SE DEMOSTRARON LAS RELACIONES DE CARIÑO Y AFECTO ENTRE LA VICTIMA Y SUS HERMANAS DEMANDANTES.

1.- La sentencia acepta el hecho anterior porque dice: " A pesar de que se probaron las relaciones de afecto entre ellos". Pero de todas maneras considero mejor analizar qué dijeron algunos testigos sobre este hecho.

" Don CARLOS ROBERTO GARZON, cuyo testimonio se ve a folio 150 del cuaderno de pruebas, dijo: "PREGUNTADO: Señor Garzón, dígale a la Honorable Magistrada en relación con el afecto y cariño de los hermanos, quiero que sea más explicito, que profundice o ahonde sobre el estado de ánimo de esas personas tanto por el infausto suceso como lo relacionado con su vida familiar desde los diez años atrás que usted los conoce, usted dirá porque le consta, cuando le consta, donde le consta? CONTESTO: Bueno, de las relaciones de afecto diez años atrás es o era una familia y muy unida, porque yo los he visto vivir en armonía todos tres, ellas ven de la comida y ropa de él cuando se queda en la casa de él y eso es afecto de familia, ellas se preocupan por él, él trabaja en carne, no se si en este momento, creo que también trabaja en eso. Entonces ellas bien y ven por la estadia de él. Ya cuando suedió el accidente las hermanas vivían muy preocupadas por él, se notaba que se habían afectado moralmente por la cuestión del muchacho haber perdido la pierna, lo uno porque ellos se quieren y lo otro porque nosotros comentábamos que de pronto fuera él a ser una carga más para ellas, entonces ellas vivían muy preocupadas por ellos (sic) como ellas son de bajos recursos económicos , entonces ellas pensaban que si no se recuperaba fisicamente bien, que no iba (sic) a volver a trabajar, no iban a volver a emplear. *Actualmente pues como Judith no tiene la forma de tenerlo allá desde hace más o menos tres meses está viviendo donde Ruth, eso es lo que me consta. Me consta porque yo voy y los visito, somos buenos amigos".* (subrayo)

"2.- El testigo GILBERTO MARIN SANCHEZ, cuya declaración se ve a folio 151, dijo: " Informado el testigo acerca de los hechos objeto de su declaración - relaciones de afecto entre Jairo Delgado o Jairo Ricardo- la Magistrada le ordenó hacer el relato sobre los mismos. Contestó: Yo a ellos Jairo y a la Señora Ruth, los distingo aproximadamente hace quince años en el barrio Santa Marta

aquí en Bogotá, los distingo porque soy vecino de ellos y siempre frecuento la casa de ellos cada mes o cada dos meses. En cuanto a las relaciones de afecto siempre los he visto que no tienen problemas, que han vivido bajo el mismo techo, el trato de ellos se han querido mucho, porque yo se que en la misma familia los he visto y se que se quieren por el modo de vivir de ellos, yo en el tiempo que los distingo no he visto problemas entre ellos, siempre los he visto igual hay respeto, ayuda y cariño por ellos mismos, siempre se corrige, antes y después del accidente".

" 3.- Como se ve, sí se demostraron relaciones de cariño y afecto entre ellos. Nótese como uno de los testigos dice que la víctima vive actualmente con Ruth. El testigo GILBERTO MARIN dice que han vivido bajo el mismo techo, sin que ello quiera decir que siempre han vivido bajo la misma casa porque el testigo no lo dice así, sino que su declaración debe entenderse como si en alguna oportunidad lo hayan hecho, y seguramente debió ser así cuando todos eran más jóvenes. Estas declaraciones, de gentes sencillas, sin un alto nivel cultural, demuestran los extremos de los requisitos de la jurisprudencia del Consejo de Estado para reconocer los perjuicios morales de las dos hermanas de la víctima. Solicito la revocación de la sentencia y su adición para que se condene a la Nación a pagar a cada una de las hermanas del demandante, Judith y Ruth Ricardo, el equivalente en pesos de quinientos (500) gramos de oro para cada una de ellas, tal como se solicitó en la demanda.

"III- DEBE REVOCARSE LA SENTENCIA EN CUANTO NO ACEPTO UN PORCENTAJE DEL VEINTICINCO POR CIENTO DE PRESTACIONES SOCIALES SOBRE EL SALARIO MINIMO LEGAL Y TAMBIEN DEBE TENERSE EN CUENTA COMO FECHA DE ACTUALIZACION DEL SALARIO NO EL 8 DE JULIO DE 1991 SINO LA DEL AÑO EN QUE QUEDE EJECUTORIADA LA SENTENCIA, ES DECIR, CUANDO SE PROFIERA POR EL AD QUEM LA SENTENCIA QUE RESUELVA EL PRESENTE RECURSO.

" 1.- Dice la sentencia en su página 15: "Es de ley, artículo 187 del C.P.C. que la apreciación de las pruebas debe hacerse conjunto, y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, como también debe el juzgador exponer razonablemente el mérito que le asigne a cada una. Además la demanda no hizo enunciación de hechos, que individualizaran las prestaciones sociales que JAIRO RICARDO percibía. *Y SIENDO QUE ESTE TRABAJABA COMO EMPLEADO PARTICULAR, NO SE PROBO QUE OBTUVIERA PAGO DE PRESTACIONES LEGALES O EXTRALEGALES".*

" 2.- Como se ve la sentencia no reconoció un porcentaje del veinticinco por ciento (25%) de prestaciones sociales dizque porque no se demostró que el demandante recibiera prestaciones sociales. Se nota al rompe el error gravisimo en que incurre. En la pretensión tercera de la demanda se dice textualmente: " Un salario de mil pesos ($1000.oo) diarios mas el 25% de prestaciones sociales y en su defecto el salario mínimo vigente el 20 de febrero de 1988 y

el grado de incapacidad que se fije a la persona del demandante mencionado". La sentencia acepto que el señor JAIRO RICARDO ganaba el salario mínimo pero no tuvo en cuenta el veinticinco por ciento (25%) de prestaciones sociales para aumentar la liquidación dizque porque no se probó que el demandante las devengara. Primero que todo, es un hecho notorio que no necesita demostrarse en un proceso, que todos los trabajadores, tanto públicos como privados devengan prestaciones sociales. Sería una prueba verdaderamente supérflua, exigir a un demandante que demuestre por medio de testigos que devenga prestaciones sociales porque ellas están consagradas en la ley. Si se acepta que devengaba un salario mínimo debe también debe colegirse que ha de ganar prestaciones porque ellas son intrinsecas al salario. Ha dicho el Consejo de Estado en sentencia de julio 17 de 1991, expediente 6157, consejero ponente doctor CARLOS BETANCUR JARAMILLO: *" SE RECUERDA AL TRIBUNAL QUE EL DERECHO FORMULARIO ES HISTORIA Y DE LA ANTIGUA"*. Desafortunadamente en muchas providencias como la recurrida se nota el apego al formulismo.

" 3.- En este punto también entra en juego la unificación de la jurisprudencia nacional. El Consejo de Estado ha establecido en muchas sentencias que cuando se liquiden perjuicios materiales de personas que trabajan, se debe tener en cuenta un porcentaje adicional del veinticinco por ciento de prestaciones sociales. Ni siquiera es necesario que el demandante lo pida porque como lo dije anteriormente, las prestaciones son de la esencia del salario. Solicito así, se revoquen la sentencia y se diga en ella que para la liquidación de los perjuicios materiales del señor JAIRO RICARDO debe agregarse al salario mínimo actualizado un porcentaje equivalente al veinticinco por ciento (25%) del mismo por concepto de prestaciones sociales.

"4.- LA FECHA PARA LA ACTUALIZACION DEL SALARIO DEVENGADO POR EL DEMANDANTE NO DEBE SER EL 18 DE JULIO DE 1991 SINO LA DEL MES ANTERIOR DE LA EJECUTORIA DE LA SENTENCIA DE SEGUNDO GRADO. Dice la sentencia en su página 16: " A.1) *Histórica.* Comprende ella el período conformado entre el dia 20 de febrero de 1988 y el 18 de julio de1991, fechas relativas a la *primera,* el dia de producción del hecho administrativo - accidente - y la segunda fecha atinente a la de esta sentencia". Como ésta tiene recurso de apelación y grado de consulta, de todas maneras debe ir al *ad quem.* Allí puede bien demorarse entre uno o varios años. Si se acepta lo que dice la sentencia, se cometerá una injusticia con el demandante porque la actualización del salario se hará con uno o más años de retraso. Solicito por tanto se revoque la sentencia y se diga que la fecha para la actualización del salario mínimo es la comprendida entre el 20 de febrero de 1988 y la del mes anterior a la fecha de la ejecutoria de la sentencia de segundo grado porque como es sabido el Departamento Administrativo Nacional de Estadistica certifica la variación porcentual del índice de precios al consumidor por meses y no por días.

" 5.- Como la sentencia dice que la fórmula de matemáticas financieras debe desarrollarla la administración cuando profiera la respectiva resolución ordenando el pago, estoy de acuerdo con ello porque esas fórmulas se pueden precisar sin necesidad de intervención de expertos. Considero sí que la liquidación debe hacerse por meses y no por años como lo dice la sentencia en su página 17. Es mejor también seguir la jurisprudencia tradicional del Consejo de Estado que para la indemnización debida o consolidada se hará así:

Salario mínimo legal diario en 1988: $854.58

Se actualiza dicha cantidad según la fórmula tradicional:

$$P = \frac{\text{Indice Final}}{\text{Indice Inicial}}$$

" En la fórmula mencionada P es el salario a actualizar, o sea $854.58 que se multiplicará por el factor resultante de dividir el índice final certificado por el DANE por el inicial de febrero de 1988. Al anterior resultado se le agregará el veinticinco por ciento (25%) de prestaciones sociales.

" Actualizado el salario, entonces sí se aplicará la tradicional fórmula:

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

" En donde:

S= suma o indemnización que se busca
R= Renta mensual actualizada
i= Interés puro técnico del 6% anual, como se trabaja con uno y no con cien, en la fórmula equivalente a 0.004867
n= Número de mensualidades que abarca el período indemnizatorio según las pautas que fije la sentencia.

" Para la inemnización futura se aplicará la siguiente fórmula:

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

" En donde:

S= suma o indemnizaciòn que se busca
R= Renta mensual actualizada, o sea la misma que dió para la indemnización debida.

i= Interés presentado por el factor 0.004867
n= número de mensualidades que abarca el período indemnizatorio que diga la sentencia según la fecha de nacimiento y su cálculo de la vida probable, desde la fecha en que ocurrió el daño, descontando los meses que se hayan reconocido por indemnización debida o consolidada.

" Ésta formula es la tradicional que se ajusta a lo dicho por el Consejo de Estado y que va con claridad para que la administración no encuentre obstáculos en el momento de realizar la liquidación.

"IV- EN LOS DEMAS PUNTOS ESTOY DE ACUERDO CON LA SENTENCIA.

" 1.- La sentencia hace un buen análisis de la demostración de la falla presunta del servicio por el uso indebido de un arma de dotación oficial. Analiza el daño sufrido por la víctima según el dictámen de expertos médicos y condena a pagar a favor del demandante perjuicios morales por mil gramos oro (1000) dado la gravedad del daño, la pérdida de una pierna.

- III -

VISTA FISCAL

La Fiscal Segunda de la Corporación, Dra. EDNE COHEN DAZA, en su concepto de fondo, *OBSERVA:*

Probatoriamente se acrediten la lesión y las consecuencias sufridas por el actor JAIRO RICARDO, a causa de los hechos materia del proceso. La historia clínica de su hospitalización en el San Juan de Dios contiene entre otras, las siguientes anotaciones: "Diagnóstico inicial: Herida de arma de fuego en muslo izquierdo..." " Se hace transfusión de sangre total. Es llevado nuevamente a cirugía practicándosele AMPUTACION SUPRACONDILEA-MIEMBRO INFERIOR IZQUIERDO". (fl. 122).

" El oficio N° 232 (fl 118) procedente el Comando de la Décima Tercera Brigada del Ejército Nacional con sede en Bogotá, en uno de sus apartes dice textualmente: " Efectivamente en horas de la noche del 20 de febrero de 1988 un pelotón del grupo Rincón Quiñones comandado por el St. OSCAR RUIZ MACHADO realizó un operativo militar en el sector del barrio las Ferías de esta ciudad en desarrollo del Plan "Gema" resultando herido por un disparo de fusil el particular JAIRO DELGADO RICARDO quien fue transladado al hospital San Juan de Dios. El causante de ese hecho fue el soldado - JOSE IGNACIO GONZALEZ".

Las declaraciones recepcionadas a los testigos presenciales de los hechos corroboraron cómo ocurrieron éstos descartándose así la culpa de la víctima.

De otra parte, las versiones de los testigos que conocían de tiempo atrás a los actores, permiten deducir la existencia entre éstos de vínculos de solidaridad, ayuda mutua y afecto (fls. 149-153), los que conforman, en- criterio de esta fiscalía, prueba de los lazos fraternos que los unían y permanecían latentes, ya que no hay prueba dentro del proceso que haga presumir distanciamiento o animadversión entre ellos; por ende, no es dable - afirmar que la lesión e invalidez de su hermano JAIRO RICARDO les haya sido indifernete, por lo cual se deberá acceder al reconocimiento de los perjuicios morales a favor de RUTH y JUDITH RICARDO.

" En lo tocante con la actualización del salario devengado por el demandante, tomando como fecha el mes anterior al de la ejecución de la sentencia de segundo grado, se estima que dicha petición no es de recibo, pues el salario que debe tomarse como base para hacer la liquidación es el que regía en la época en que se sucedieron los hechos, como bien lo dice la sentencia. Por otra parte, la fórmula que se aplica tiene un factor de actualización con los índices de precios al consumidor, que compensa el tiempo transcurrido.

" En cuanto atañe al reconocimiento del 25%, pedido por la parte actora, cabe anotar que cuando los ingresos de la víctima no se logran probar jurisprudencialmente se ha optado por tomar el salario mínimo legal vigente para la época e los hechos, a fin de liquidar la indemnización; por ser una solución supletoria y sólamente a falta de la prueba real, se toma únicamente el valor del salario en sí, sin considerar ningun otro factor de incremento y menos las prestaciones, pues éstas responden a situaciones específicas y que tendrían que darse y probarse en cada caso concreto para que se puedieran tener en cuenta.

Por otra parte, el reconocimiento que se hace en esta clase de procesos contenciosos, obedece básicamente a una indemnización de perjuicios por el hecho dañoso, diferente al caso de una liquidación laboral, en donde se tienen en cuenta diferentes factores.

No es admisible pues, acceder a un porcentaje - que en este caso se señala en 25% - por concepto de Prestaciones, cuando no se discrimina ni se menciona a cuáles de las tantas prestaciones corresponde.

Con fundamento en lo analizado, se solicita a la Sala se confirme la providencia apelada, en cuanto a reconocimiento de perjuicios morales y materiales a favor del actor JAIRO RICARDO se refiere; y se revoque en lo relacionado con la denegación de perjuicios morales a favor de MARIA RUTH y JUDITH RICARDO, para que en su lugar se disponga el reconocimiento por dicho concepto, según tasación que en criterio de la Sala se estime proporcional al daño sufrido.

- IV -

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia proferida por el *a quo* será confirmada, en lo sustancial, pues ella requiere algunos ajustes de carácter jurídico y económico, como más adelante se explicará.

Para el *ad quem* la falla del servicio quedó debidamente demostrada. Para llegar a esta verdad jurídica basta recordar que en el Oficio N° 232-COBR13 APG-747 de dos de julio de 1989, dirigido por el Comandante de la Décima Tercera Brigada al señor Comandante del Ejército, se reconoce que el demandante fue herido por un disparo de fusil cuando realizaba un operativo militar. En lo sustancial de la referida nota se lee:

" Efectivamente en horas de la noche del 20 de febrero de 1988, un pelotón del grupo Rincón Quiñones comandado por el Señor ST OSCAR RUIZ MACHADO, realizo un operativo militar en el sector del barrio las Ferias de esta ciudad, en desarrollo del plan Gema, resultando herido por un disparo de fusil el particular JAIRO DELGADO RICARDO quien fue trasladado al Hospital San Juan de Dios. *El causante de ese hecho fue el soldado JOSE IGNACIO GONZALEZ"* (C1 fol 118) (subrayas de la sala).

" La realidad anterior es confirmada por los declarantes MIGUEL ANGEL ACUÑA CHUCHOQUE y CARLOS EDUARDO TORRES PATIÑO, quienes ilustran al sentenciador dentro del siguiente universo:

MIGUEL ANGEL CHUCHOQUE

Persona de 25 años, vendedor de carne, cinco años de primaria y sin parentesco con las partes, dijo:

En febrero 18 o 20 - no - no me acuerdo el año, en la cantina o tienda de don Carlos, entramos a tomarnos una cerveza, en la hora de diez y veinte o diez y media de la noche, nos brindaron una cerveza, el establecimiento estaba lleno, yo le dije a Jairo vámonos porque aquí no nos venden más, Jairo salió primero y vimos que pasaba un tipo corriendo por la puerta, entonces Jairo se recargó a la entrada del establecimiento, yo me quede hablando con un amigo adentro, cuando volví a mirar, Jairo se desmayó, entonces yo salí a mirar que había pasado y cuando volví a mirar a la derecha al lado del parque estaba el ejército que venían hacia la tienda, llegué y miré a Jairo, mire la pierna que se estaba desangrando, le pregunté que le había pasado, en el piso, no me contestaba nada, estaba desmayado, se acercó el ejército- donde estaba Jairo y le dijimos que porqué habían disparado si no teníamos ningún problema y se pusieron bravos conmigo, entonces llegaron y me dijeron - me trataron mal y me llevaron a culatazos a subirme en un carro particular que pararon ellos, un carro de un civil, lo pararon y lo obligaron a llevar al muchacho, me dijeron que lo

llevaran al infantil que con orden de ellos lo recibían, entonces yo les dije que como allá no recibían gente adulta que uno de ellos fuera conmigo pero ninguno fue, yo me baje del carro en el infantil y no lo querían recibir, lo dejé en la camilla mientras le arreglaban la pierna, me tocó llamar ambulancia aparte y lo lleve a San Jose'".

CARLOS EDUARDO TORRES PATIÑO

De profesión comerciante, dueño de un establecimiento de cigarrería y restaurante, sin parentesco con las partes, destacó:

"Hallándome trabajando la noche de los hechos - no me acuerdo el dia ni el año - en el establecimiento de mi propiedad, llegó el señor Jairo Delgado con otro señor yo me preste a atenderlo - la hora exacta no me acuerdo, fue por la noche, como después de las 11 o 12 de la noche -, pero ellos no me solicitaron ningún servicio, puesto que se saludaron con otros señores, que se encontraban en el establecimiento y se pusieron a dialogar con ellos. Como yo estaba tan ocupado, atendiendo la clientela no me di cuenta en qué momento ellos volvieron a salir del establecimiento. Cuando oi fue un disparo y el señor Jairo Delgado estaba tirado en el suelo a causa del impacto que había recibido. Inmediatamente la gente que estaba presente y dentro del establecimiento fueron a ver que había pasado. Después el ejército paso - pasaron unos soldados corriendo frente al establecimiento, entre toda la gente que estaba reunida al rededor de él trajeron un carro y se lo llevaron, no me acuerdo qué carro era, yo me acuerdo vagamente, porque ha pasado un poco de tiempo y no me acuerdo, no se para donde se lo llevaron, PREGUNTADO: Sirvase precisar en qué lugar cayó el señor Jairo Delgado Ricardo o Jairo Ricardo. CONTESTO: El quedó en la acera a la salida del establecimiento, en la puerta.- En cuanto al dia creo que era un fin de semana - un viernes - PREGUNTADO, señor Torres, sírvase precisar las circunstancias de modo, tiempo y lugar con relación al hecho de su afirmación de oir -disparo de arma de fuego? CONTESTO: lo que si oi fue rumores de que había sido el ejército pero que a mi me conste no me consta.".

Finalmente, en la diligencia de indagatoria del sindicato señor JOSE IGNACIO GONZALEZ, éste relata la forma como ocurrieron los hechos que, en lo sustancial, es concordante con lo expuesto por los declarantes ya citados. En el acta que se levantó con motivo de tal diligencia, se narra:

"Todos los detenidos estaban contra la pared, entonces estaba mi Teniente ahí, estábamos regados, había un poco de gente reclamando al papá, al hermano, que no tenían papeles, en ese momento llegó un panel, una patrulla de la policía y entregó dos detenidos al soldado GALINDO, MONTEJO y que estaba también ahí, ya nos los rentregó, los bajaron y los íbamos a subir al camión, entonces un tipo de esos no quería subir, entonces el soldado GALINDO lo cogió del brazo, ya lo llevábamos bien adelantico cuando manoteó y se safó de

las manos de nosotros y salió a correr, entonces los dos policías estaban como en la avenida y el detenido corrio por la acera, los policías lo atajaron y uno de ellos le pegó un bolillazo en la pierna, en ese momento como los soldados GALINDO, MONTEJO y yo como saliamos a correr detrás de él lo cogimos otra vez ya mas fuerte, entonces en ese momento el detenido ya no quería de todas maneras irse con nosotros y se insubordinó sacando la mano y le pegó una cachetada al Soldado GALINDO, en ese momento salió a correr por medio del Soldado MONTEJO y yo que estabámos de frente de él y nos empujó a ambos, salio a correr por detrás de la patrulla, los policías en ese momento de ver que corrió le tiraron, uno de ellos, un bolillazo, ya yo dí vuelta por detrás de la patrulla por donde salio a correr el tipo grité alto cuatro veces, el individuo no paró el policía también grito alto y pues no paró, entonces yo tomé el fusil, lo cargué y disparé, en ese momento pues yo me aseguré de que no había nadie por ahí, pues disparé, y yo no sé como el tipo salió corriendo sonó el tiro y de todas maneras no paró y en ese momento no había nadie pero tal vez el tipo de la tienda seguramente sacó el pie y la bala le dió en la pierna, yo salí a correr con mi Cabo ARENAS y cuatro soldados que no me acuerdo quienes eran, dimos la vuelta corriendo al otro tipo es decir al detenido que salió corriendo, llegamos a la esquina y no lo vimos, entonces preguntamos en una tienda que si habían visto pasar a un tipo y dijeron que sí que había pasado por ahí, entonces como el tipo llevaba saco rojo mi Cabo ARENAS como que lo alcanzó a ver e hizo un tiro al aire, dentramos a una casa ya que según mi Cabo vió entrar a un tipo de saco rojo a una casa y no lo encontramos, ahí en ese momento volvimos a donde estaba el herido y cuando llegué el tipo ya no estaba se lo habían llevado, no supe sino hasta ahí".

A la luz del acervo probatorio que se deja enlistado, no hay espacio para la duda que impida concluír que en el *sub lite* se dio la falla del servicio, pues un ciudadano, completamente ajeno a los hechos de que se ocupaba la fuerza púbica, fue herido por ésta, sin causa, motivo o razón que lo justificara. Por lo demás, no se demostró causa eximente de responsabilidad, como la fuerza mayor, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima.

Por lo anterior, la Corporación patrocina la conclusión del *a quo* que tiene el mismo temperamento.

B) Del dictamen rendido por el Jefe de la Sección Medicina del Trabajo de Bogotá, que obra al folio 63 del Cuaderno N° 1, se desprende que JAIRO RICARDO "...Presentó herida por arma de fuego en muslo izquierdo con orificio de salida presentando lesión neurológica en el miembro inferior izquierdo, fractura de muslo izquierdo abierta tipo III por la cual *se le practicó amputación supracondilea miembro inferior izquierdo.* En la actualidad prótesis total de M.I.I. que la maneja con leve dificultad. En consecuencia este despacho considera que el señor Jairo Delgado Ricardo sufrió el SETENTA POR CIENTO (70%) de disminución de capacidad laboral de acuerdo al Numeral 345 del Decreto 776 de abril de 1987" (Subrayas de la Sala).

La realidad anterior permite concluír que, en el caso *sub-examine, el DAÑO es CIERTO,* esto es, que no es HIPOTETICO o EVENTUAL, motivo por el cual debe ordenarse su reparación.

C) La Sala patrocina la condena que el Tribunal hizo por perjuicios materiales y morales en favor del demandante, pero hará los ajustes que estima justos, y hará la liquidación de los primeros con apoyo en las siguientes pautas:

PRIMERA. Toma en consideración el salario mínimo para el año de 1988, incrementado en un veinticinco (25%) por ciento, porque así fue pedido en la demanda. No resulta acorde con la lógica de lo razonable, partir de la base de que la víctima ganaba esa remuneración pero que, por razones contrarias a derecho, no percibía las prestaciones de ley;

SEGUNDA. Se tiene en cuenta la disminución de su capacidad laboral en un setenta por ciento (70%) desde el momento en que ocurrió la tragedia y hasta la vida probable del actor;

" TERCERA. El monto que resulta se actualiza, como se pidió en la demanda, con base en los I.P.C. certificados por el DANE, que son hecho notorio para la Sala;

CUARTA. Se hace la liquidación distinguiendo dos períodos, así: a) Uno vencido, consolidado o causado, que transcurre desde el dia veinte (20) de febrero de mil novecientos ochenta y ocho (1988), momento en el tiempo físico en que ocurrieron los hechos y el dia treinta (30) de abril de 1992; b) El segundo período, o sea el futuro o anticipado, corre desde el primero (1) de mayo de 1992 y va hasta la vida probable del señor JAIRO RICARDO.

Dentro del marco anterior la condena por perjuicios materiales monta la suma de $3'620.605.70 por indemnización vencida y $10'458.752.44 por indemnización futura, para un total de: $14'079.358.14.

D) La Sala también encuentra de recibo la condena que por perjuicios morales se hizo en favor del señor JAIRO RICARDO por un mil (1000) gramos de oro fino, que se deberán pagar con el precio nacional del referido metal vigente en el momento de quedar ejecutoriado el presente fallo;

E) La Sala denegará para decidir respecto de las pretensiones de las demandantes MARIA RUTH y JUDITH RICARDO, quienes afirman ser hermanas del lesionado, porque en puridad de verdad no demostraron serlo.

De los registros de nacimiento que obran a folios 18 y 19 del C. N° 1, no se vivencia que la señora BERTILDA RICARDO haya declarado o reconocido su carácter de madre ni respecto del demandante lesionado, ni en relación con quienes dicen ser sus hermanas. Si no se decretó prueba de oficio, orientada a que se

aportaran las ACTAS DE REGISTRO de nacimiento, fue por la especial manifestación que hace el apoderado de la parte actora, en el escrito visible a folios 233 y siguientes, en donde afirma:

Los registros civiles mencionados no llevan la firma de Doña Bertilda Ricardo, madre de la víctima, y sus hermanas porque cuando se sentaron ésta ya había muerto, hecho que no denota ninguna anomalía y que, como lo hemos visto, lo permite la ley porque lo contrario sería el absurdo jurídico y el desconocimiento total de los derechos cuando no se sienta un registro civil de nacimiento apenas nace la persona.

En la materia que se estudia, la Sala reitera la pauta jurisprudencial que fijó en sentencia de 13 de junio de 1991, Expediente N° 6300, Actor Alberto Rincon, Consejero Ponente, Dr. Daniel Suarez Hernandez, en la cual se lee:

Para demostrar la titularidad del derecho pretendido, se allegó al expediente sendos certificados de registro civil de nacimiento de LUIS EDUARDO y ALBERTO RINCON (fols. 10 y 12). En ambos certificados aparece como madre 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 1° de la ley 75 de 1968 que modificó el artículo 2° de la ley 45 de 1936 dispone que el reconocimiento de hijos extramatrimoniales es irrevocable y que en caso de que éste se efectúe en el acta de nacimiento requiere de la firma de quien hace tal reconocimiento.

" En el evento de autos no aparece documento alguno con el que se acredite que la señora Rosa Maria 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 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 casaguinidad (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 súplicas: "...a. Conforme a los artículos originales del C.C., 381 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 1°.:

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

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

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

2. " El hecho mismo del nacimiento o parto.

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

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

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

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

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

F) La Corporación valora y aprecia los esfuerzos de calistenia jurídica hechos por el mandatario judicial de MARIA RUTH y JUDITH RICARDO, orientados a sacar avantes sus pretensiones, pero sus conclusiones no las patrocina, por las siguientes razones:

PRIMERA. La tesis de que la sentencia de 13 de junio de 1991 viola reiteradas jurisprudencias del Consejo de Estado, sobre la prueba del estado civil de los hijos extramatrimoniales, no tiene fuerza de convicción, pues es de la esencia de la jurisprudencia el cambio. Este suele producirse cuando las Corporaciones se renuevan con juristas que manejan distintas perspectivas en el campo de la interpretación del derecho, o dentro de la vida de éste. No puede valorar lo mismo la realidad fáctica y jurídica un científico del derecho que se informa en la escuela del derecho natural, que otro que rinde tributo al uso alternativo del derecho. Por lo demás, el juez de hoy no se concibe solamente como la boca que pronuncia las palabras de la ley, esto es, un ser inanimado, que no puede modelar ni su fuerza ni su rigor, sino como un ser creador, que adecúa la norma a la vida jurídica.

Es indudable que el cambio de jurisprudencia crea incertidumbre. Para quienes se angustian injustificadamente por ello, vale la pena recordar las enseñanzas del magistrado Benjamín Cardozo, quien solía enseñar:

" En mis primeros años de juez yo sentía mi espiritu conturbado al verificar cuán borrosos estaban los caminos por los que me había aventurado. *YO BUSCABA LA CERTEZA.* Me sentía oprimido y descorazonado cuando me daba cuenta de que el problema era fútil. Entonces trataba de tocar tierra. *LA TIERRA FIRME DE LAS REGLAS FIJAS Y ESTABLECIDAS,* el paraíso de una

justicia que se afirmara a sí misma mediante testimonios más simples y más imperiosos que sus reflejos palidos y fluctuantes en mi propia mente y conciencia vacilantes.

Encontré " con los viajeros del PARACELSUS de Browning, que el verdadero cielo está siempre más allá". *A medida que los años han pasado y que he reflexionado más y más sobre la naturaleza de la función judicial, me he reconciliado con la INCERTIDUMBRE porque he aprendido a verla como INEVITABLE.* He aprendido a ver que esa función en su más alta expresión no es descubrimiento sino creación; y que las dudas y desconfianzas, las esperanzas y temores son partes del dificultoso trabajo de la mente, los sufrimientos de la muerte y los dolores del alumbramiento con que los principios que en su época han servido, expiran y otros nuevos nacen" (La Naturaleza de la Función Judicial. Arayú, pags. 135 y ss.ss) (subrayas de la Sala).

SEGUNDA. La Sala no desconoce que el registro civil de nacimiento del hijo extramatrimonial, respecto de la madre, no tiene, necesariamente, que llevar la firma de ésta, pues tal circunstancia sólo se da cuando ella quiere hacer el reconocimiento a través de ese medio. Lo que la sentencia de 13 de junio demanda es que en los eventos en que se detecta ese vacío (la no firma de la madre), se deben demostrar, al menos dos hechos:

a) Que la madre era soltera o viuda al momento del parto; y b) El hecho mismo del nacimiento o parto.

Estas exigencias de alcance jurídico son respaldadas por tratadistas nacionales que se ocupan del estudio del asunto. Así, el Dr. Roberto Suarez Franco, en su obra Derecho de Familia, enseña:

"3. MATERNIDAD NATURAL. La parte final del art. 1° de la ley 45 de 1936 se funda sobre la antigua presunción del art. 7° de la ley 95 de 1890, y consiste en que se presume la calidad de hijo natural respecto de la madre soltera o viuda, por el solo hecho del nacimiento. *Según esto, la maternidad natural la constituirá el hecho de ser mujer la verdadera madre del hijo que se da como suyo y cuya concepción tuvo lugar fuera del matrimonio. LOS ELEMENTOS QUE LA INTEGRAN SON: EL PARTO, LA IDENTIDAD DEL PARTO Y EL ESTADO DE SOLTERA, VIUDA O DIVORCIADA, O SEPARADA, DE LA MADRE.* Si se trata de una mujer casada, su hijo se dará como hijo legítimo de su esposo, mientras no se desconozca la paternidad...

"4. PRUEBA DE LA MATERNIDAD. La maternidad natural será demostrada al probar los hechos que la constituyen: EL PARTO, LA IDENTIDAD DEL PARTO; la concepción se establece por vía de consecuencia y por virtud de una presunción...", (Editorial Temis. Cuarta Edición, pag. 284).

En este momento del discurso parece conveniente recordar que el registro de nacimiento se debe asentar en un formato denominado INDICATIVO SERIAL, el cual consta de dos partes:

1a) La Sección Genérica, que comprende el nombre del inscrito, su sexo, el Municipio y fecha de nacimiento, la oficina donde se inscribió y los números del folio y en general de la oficina central;

2a) La Sección Específica. que comprende el nombre de la clínica, hospital, dirección de la casa y número de licencia donde ocurrió el nacimiento, elnombre del profesional, vereda o corregimiento donde ocurrió el nacimiento, el nombre del profesional y número de licencia si el parto fue atendido por médico, apellidos y nombre de la madre y edad en años cumplidos, su nacionalidad, su profesión y oficio; el nombre y apellido del padre, edad en años cumplidos, su nacionalidad, y profesión, al igual que la identidad de uno y otro, en lo posible. El nacimiento debe acreditarse con el certificado del médico o enfermera que haya asistido a la madre en el parto y, a falta de este documento, con declaración juramentada de dos testigos hábiles.

El acta así levantada hace plena prueba respecto de los hechos que presencia el Notario, en ejercicio de sus atribuciones, como el acto del matrimonio, "...pero no respecto del parto o nacimiento, pues este hecho no lo presencia quien lo certifica, sino que el funcionario lo certifica por relato o testimonios que no proceden necesariamente del principal interesado, como es la madre. La fuerza probatoria que la ley concede al acta de nacimiento o de bautismo, a pesar de ser plena, procede de una información testimonial. La misma observación puede hacerse respecto de las defunciones..." (De la Prueba en Derecho. Antonio Rocha. Ediciones Lerner. 1967, pag. 292)

La anterior verdad jurídica ha llevado a la Sala, a valorar la información que recibe el Notario, cuando hace el respectivo registro, pues la INFORMALIDAD que se vivencia en este particular resulta IMPRESIONANTE. Casos se han dado en que se levantan ACTAS de registro de nacimiento de varios hermanos, de cuya lectura se desprende que el segundo nació dos meses después de haberse registrado la misma circunstancia respecto del primero. Es igualmente usual que, quien afirma ser la madre natural, sólo procede al reconocimiento del hijo, cuando éste ha fallecido, con el único fin de tratar de obtener ventajas patrimoniales. todas estas circunstancias no las puede dejar de lado el sentenciador, pues ellas son el marco de su tarea interpretativa, orientada a la mejor realización de la justicia,.

En el caso *sub examine*, por ejemplo, resulta inexplicable que JUDITH RICARDO, demandante en este proceso, haya tenido que acudir ante el Notario Unico de Natagaima, a hacer el registro de su propio nacimiento, afirmando ser hija extramatrimonial de BERTILDA RICARDO. Lo que ella haya depuesto ante el citado funcionario, no le merece a la Sala crédito, por ser parte interesada en el presente proceso.

Si la justicia administrativa no le pone freno a la informalidad que hoy existe sobre la materia, será insuficiente el presupuesto nacional para cubrir las condenas, pues a la hora de la muerte todo el género humano resulta ser hijo o hermano del occiso, para lo cual les ha bastado hacer registros post mortem, sobre los cuales tratan de edificar su propia felicidad económica. Aunque en el pasado la jurisprudencia se había inclinado por la tesis de que el Acta de nacimiento de los hijos extramatrimoniales, que se limita a registrar el nombre de la madre, da fe del parto, esa perspectiva jurídica no la patrocina hoy la Corporación, habida consideración del desorden e informalidad con que se vienen haciendo, en muchas Notarias, los citados registros.

TERCERA. La Sala no esta exigiendo que una madre extramatrimonial, que acaba de dar a luz, vaya inmediatamente al pueblo a sentar el registro de su hijo. Esa solemnidad, si se quiere hacer el reconocimiento de hijo extramatrimonial, bien puede cumplirse después. Ahora bien: Si por exigir la ley que se pruebe el parto y que la madre era soltera o viuda cuando tuvo el hijo, se concluye, como lo hace el apoderado de la parte actora, que la prueba se torna exigente, y, por lo mismo, se negarán "... todos los derechos de los hijos extramatrimoniales...", se acierta predicar que la exigencia de que se demuestre que la madre era viuda o soltera, es PRUEBA SUPERFLUA, es queja que debe dirigirse al legislador, no al juez. Es de lamentar que se hagan tantos esfuerzos para rendirle tributo al NO DERECHO. Este, como lo recuerda el Profesor Jean Carbonnier, "...es la reducción o la reiterada del derecho...", "...hacer una entresaca entre las reglas de derecho y condenar sólo las que nos molestan, es vaciar de todo su alcance la contestación del derecho en cuanto tal. Cualquier reivindicación implica la destrucción de algunas reglas legales. Los feministas rechazan la ley sobre la comunidad conyugal, y los objetores de conciencia, las leyes de reclutamiento...Cuanto más conservador es uno, más desea la anarquía, siempre que sea una anarquía parte in qua. El genuino no-derecho malquiere al derecho sólo por ser derecho... " Sin embargo, las mayores dificultades del no derecho, lo recuerda el mismo tratadista, es la dificultad de mantenerse en él. "Nada mas natural: muchos de los que se refugian en el no-derecho sienten en seguida la tentación de unir a sus ventajas algunos beneficios del derecho. Las parejas no casadas quieren establecer un regimen matrimonial, y las asociaciones de anarquistas registrar sus estatutos..." (Derecho Flexible. Editorial Tecnos, pag. 33 y ss.ss.).

CUARTA. La Sala estima desconsiderado el comentario que el apoderado de la parte actora hace respecto del concepto emitido por el Asesor del Despacho encargado de las funciones de la Dirección Legal de la Superintendencia de Notariado y Registro, al afirmar que éste funcionario " SI TIENE AUTORIDAD...", como significado que el Consejo no la tiene. Aquí olvida el citado profesional el derecho, que los jueces pueden crear la jurisprudencia que los simples asesores legales sólo pergeñan.

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,

F A L L A :

1) CONFIRMANSE los numerales primero (1°), segundo (2°), cuarto (4°), quinto (5), séptimo (7°) y octavo (8) del fallo calendado el dia dieciocho (18) de julio de mil novecientos noventa y uno (1991), proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso del rubro, por las razones dadas en los considerados de esta sentencia;

2) REVOCANSE los numerales tercero (3) y sexto (6°) del mismo proveído, los cuales quedarán así:

3°. Como consecuencia de la declaración anterior, condénase a LA NACION-MINISTERIO DE DEFENSA- a pagar al señor JAIRO RICARDO, a título de indemnización por perjuicios materiales, la suma de: Catorce Millones Setenta y Nueve Mil Trescientos Cincuenta y Ocho pesos con Catorce centavos ($14'079.358.14).

6°. DENIEGANSE las pretensiones de los demandantes MARIA RUTH y JUDITH RICARDO, por las razones expuestas en los considerandos de esta sentencia y las demás de la demanda.

3) Ejecutoriado el presente fallo, expídanse las copias con destino a los interesados expresando cuál de ellas es título ejecutivo.

4) Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE

Daniel Suarez Hernandez, Presidente de la Sala, *Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernandez, Julio Cesar Uribe Acosta,*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA

Nadie en Colombia se puede arrogar la facultad de definir (con fines de exterminio o de perdón) quién es útil, bueno y merece seguir con vida y quién es malo, inútil, "desechable" y debe morir. Nadie y mucho menos la autoridad. Cuando la autoridad asume ese papel, pierde su basamento moral y legal y de protectora de la vida, honra y bienes de los demás, se convierte en la monstruosa dueña de la vida, de la honra y de los bienes. Es el primer paso para la anarquía social. En una sociedad cristiana (y Colombia merece aún ese calificativo) no puede haber "desechables"; y ni siquiera en su diccionario puede existir este horrendo vocablo. Este es el cuadro que muestra este expediente. Y no hay que ser muy sagaz para concatenar una serie de indicios que muestran una vez más esa despiadada labor de "limpieza".

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Tercera.- Santafé de Bogotá D.C., junio cinco (5) de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero ponente: *Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia: Expediente Nº 6986.- Indemnizaciones; Actor: Cayetano Londoño.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de junio 26 de 1991 dictada por el tribunal administrativo de Antioquia, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

Súplicas que fueron formuladas de la siguiente manera:

" Que la Nación Colombiana (Ministerio de Defensa Nacional- Policia Nacional), es responsable de responsabilidad administrativa por los daños y

perjuicios de todo orden causados a los actores como consecuencia de la muerte violenta que sufrió quien en vida respondía al nombre de JAVIER DE JESUS LONDOÑO ARANGO, hijo y hermano de los demandantes, a manos de los agentes de la Policía Nacional, presuntamente: GUSTAVO CASTRO, PEDRO ANTONIO HERRERA, uno de apellido ORTIZ, LUIS ZAPATA VILLA y otros cuyos nombres completos se desconocen, el dia domingo 15 de septiembre de 1986 en la localidad de Liborina, Departamento de Antioquia.

" CONDENA

" Como consecuencia de la anterior declaración, se dignará el Tribunal condenar a la Nación Colombiana (Ministerio de Defensa- Policía Nacional- a pagar:

" A: Por perjuicios morales:

1000 gramos de oro puro convertidos a pesos, según certificación que para el dia siguiente a la ejecutoria de la sentencia, suministre el Banco de la República, para todos y cada uno de los demandantes.

"B. La totalidad de los perjuicios materiales en sus elementos de lucro cesante y daño emergente, consolidados y futuros, debidamente tasados por peritos, o los que se logren demostrar en el proceso y a falta de una y otra prueba, 4.000 gramos de oro puro para cada demandante según lo prescrito por el Artículo 107 del Código Penal Colombiano, o lo que prudentemente tase el fallador o lo que se logre probar durante el incidente regulado en el Artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

" Los guarismos a que ascienden las anteriores condenas se deben reajustar según los artículos 177 y 178 del C. C. A."

En esa misma demanda, presentada el 13 de mayo de 1988, se narraron, en síntesis los siguientes hechos:

a) Que el dia 14 de septiembre de 1986, a eso de las 6 p.m, fue retenido el señor Javier de Jesús Londoño A. en la plaza principal de Liborina (Antioquia) por agentes de la policía nacional.

b) Que la retención en el puesto de policia se prolongó hasta las primeras horas del dia 15 siguiente.

c) Que a esas horas los vecinos del lugar (calle 9a con la carrera 7a) fueron despertados por las detonaciones de armas de fuego, las que los hicieron asomar a las puertas y ventanas de sus casas y observar que eran los agentes de la policía los que habían hecho uso de sus armas.

d) Que antes de los hechos el señor Londoño A. trató de refugiarse en la casa de Leonardo Diaz, pero no logró penetrar a ella porque estaba trancada con una mesa.

e) Que los agentes lo aprehendieron allí y se lo llevaron para la esquina de la 9a con 7a., donde lo remataron a tiros de revólver, cerca a la tienda de Cesar Londoño.

f) Que el señor Londoño A. recibió varios disparos en la cabeza, con destrozos de su masa encefálica.

g) Que los vecinos al verlo en ese estado lo condujeron al hospital en donde falleció.

h) Que a instancias del H. Senador Dario Cardona L. se nombró investigador especial para que hiciera las averiguaciones del caso, quien no pudo culminarlas porque sufrió un accidente.

i) Que parece que el sumario pasó a la auditoria principal de Guerra de la Policia Nacional- Medellín, porque fueron implicados dentro de la investigación los agentes Gustavo Castro, Pedro Antonio Herrera, Luis Zapata y otros.

j) Que en vida el señor Londoño A. se dedicaba a la venta de verduras; actividad en la que devengaba $2.000.oo diarios, los que destinaba, en su mayoría al sostenimiento de sus padres.

Cumplido el trámite de la primera instancia, el *a-quo* denegó las súplicas de la demanda. En su fallo estimó que no se había probado la falla del servicio y a guisa de conclusión el tribunal destaca:

"4. Como se observa en el anterior recuento, el proceso carece de medios probatorios suficientes para atribuir con la certeza necesaria la responsabilidad de la administración a través de los agentes de la Policía Nacional en la muerte del individuo JAVIER DE JESUS LONDOÑO ARANGO.

" Se sabe que Londoño Arango fue dejado en libertad por la policía esa noche pero del simple hecho de haberlo visto horas después el empleado del municipio Peña Peña, tirado en el suelo, herido en la cabeza y rodeado de agentes de la policía, no es dable inferir que necesariamente éstos hayan sido quienes le infringieron las heridas mortales, quienes lo apuñalaron e hirieron a balazos. De quién huía Londoño cuando ingresó repentinamente en la vivienda del testigo Leonardo Diaz? Esto tampoco se sabe, y aclarar tal circunstancia si era de especial interés porque al dilucidar si se podría entrever quienes eran los que lo perseguían, quienes eran los que lo iban a matar, quién o quiénes los que pusieron fin a su existencia. Como también era importante saber con que clase de arma de fuego y municiones fue lesionado, pero esto menos se acreditó.

"5. Es indiscutible que con cierta frecuencia se conocen desmanes de parte de los representantes de la autoridad, que muchas veces éstos con el propósito de practicar por sus propias manos una mal entendida asepsia social han sometido a indescriptibles vejámenes y hasta han privado de la existencia a numerosas personas, que la ley de fuga y la tortura no son desconocidas en nuestro medio y que el deber de preservar a las personas en su vida, honra y bienes con frecuencia han sido desatendido.

" Sin embargo el triste panorama anterior no implica que en todos los casos en los cuales aparezca una persona gravemente lesionada o un cadáver con claras muestras de torturas de alguien que registre antecedentes penales, haya necesariamente que imputar a la policía o demás organismos armados del Estado la responsabilidad por lo ocurrido.

" En el evento *sub-judice* como se aprecia claramente no existe la certeza probatoria para reconocer esa responsabilidad, para descartar que tercera o terceras personas sean las responsables verdaderas de la muerte de Londoño Arango."

La parte actora descontenta con lo asi decidido, apeló. Cumplido el procedimiento de la instancia, es oportuno decidir. Para ello, se considera:

La parte demandada intervino en su oportunidad y presentó alegato de conclusión (a folios 219 y siguientes). Allí insiste:

"En el *sub-judice,* tal como lo señaló acertadamente el Tribunal Administrativo de Antioquia, los hechos en los cuales perdió la vida Javier de Jesús Londoño Arango no fueron probados ni aclarados plenamente. Si bien es indiscutible que se rumoró y se dijo que la autora del homicidio había sido la Policía, ello es todo de oidas porque nadie vió directamente a los agentes del orden realizar tal conducta; el testigo Juan Carlos Peña, el barrendero, quien hubiese podido ser la persona que estuvo más cerca de los hechos señala haber visto al occiso tirado en el suelo y a los agentes a su alrededor pero no que éstos hubieran cometido el ilícito. Así las cosas, en este caso no existe ningún hecho conocido y probado plenamente del cual se pueda presumir que la muerte de Londoño fue ocasionada por la Policía.

" Al tenor del artículo 248 del Código de Procedimiento Civil, para que un hecho pueda considerarse como indicio, deberá estar plenamente probado en el proceso; por tanto el que existan varias declaraciones de personas que escucharon decir que fue la policía así sea la esposa de un agente, no puede constituir ni siquiera un indicio pues en este orden de ideas también sería cuestionable todo el pueblo que estaba asustado y atemorizado por la presencia de Londoño allí o como dice la apoderada recurrente " Había un cierto malestar en el pueblo con la llegada de Londoño", entonces por qué no dudar de cualquier otra persona? Si la policía quería hacer algún daño porqué dejaba salir a Londoño? Porqué no se trató ni siquiera de probar que clase de arma ocasionaron las heridas y posteriormente muerte?

" Es innegable que excepcionalmente existen ciertas conductas policiales que desvirtuan la verdadera función para la cual fue creada la Institución pero ello como lo señalé es esporádico, no es el modo ordinario del actuar policial por tanto el hecho de encontrarse o verse a unos policías cerca de un muerto no puede constituír indicio de que hubieren sido ellos los causantes de dicha muerte pues en un pueblo es fácil y rápido que los agentes del orden lleguen rápido al lugar de los acontecimientos.

" De otra parte, si bien esta apoderada en la contestación de la demanda señaló como objetivo de las pruebas que " en ningún momento se presentó falla del servicio o de la Administración Pública y que por ende no hay lugar a condena de pago de suma alguna por parte de la NACION, menos por un individuo que no era útil ni productivo a la sociedad o familiares sino que era un vago que nadie queria en el Municipio de Liborina", ello no puede considerarse como indicio de ninguna clase ya que lo que se está significando es que no puede condenarse a la NACION a pagar una indemnización o un perjuicio que nunca existió; escandaliza a la parte demandada que ahora se pretendan unos perjuicios materiales - daño emergente - lucro cesante- por una persona cuya actividad fue la delincuencia, de alguien que permaneció en la cárcel sin producir ni beneficiar a nadie. Infortunadamente en nuestro país se está volviendo costumbre, en aras de obtener una condena favorable, aceptar que todos los muertos son buenos, que eran los mejores hijos o hermanos y quienes sostenían familias de diez o quince personas, circunstancias que se pretende probar exclusivamente con testimonios, sin tener en cuenta otros medios probatorios de los cuales no hacen uso los apoderados demandantes quienes tienen la carga de la prueba y sin que tampoco puedan las entidades demandadas desvirtuar o impugnar para evitar abusos que suelen ocurrir de parte de quienes consideran que en tratándose de hacer efectiva a su favor cualquier responsabilidad del Estado pueden enriquecerse."

En la sustentación del recurso, la demandante, apoyada en una cadena indiciaria, considera que sí se probó la falla del servicio y que la nación debe responder por el hecho que causó la muerte a Londoño Arango. (ver escrito a folios 207 y siguientes).

Para resolver, se considera:

Para la Sala, la sentencia será revocada. Aunque formalmente el fallo del *a-quo* se mueve dentro de una órbita ortodoxa en materia de apreciación probatoria, en el fondo y luego de concatenar la serie de indicios que muestra el expediente, se llega a la certeza o al convencimiento que el señor Javier de Jesús Londoño A. fue víctima de lo que ya la prensa califica de asepsia o limpieza social, llevada a efecto o aplicada por las autoridades públicas. No existe, es cierto, ninguna prueba directa que incrimine a los agentes de la Policía Nacional Luis E. Zapata Villa y Pedro Antonio Herrera Ortiz. Como también es cierto que dichos agentes fueron cobijados por la justicia penal militar " con la cesación de todo procedimiento..., por el delito de homicidio referenciado en autos." (ver proveídos de 16 de febrero de

1988 y 23 de mayo de ese mismo año, dictados, en su orden, por el Comando de Policía Antioquia - juzgado de primera instancia- y por el Tribunal Superior Militar).

Pero pese a esto, y dado que en los asuntos de responsabilidad del Estado por falla del servicio del funcionario no opera en toda su extensión el fenómeno de la oponibilidad del fallo penal, como lo ha reiterado en múltiples oportunidades la jurisprudencia, se adentra la sala al estudio de la falla del servicio imputada a la nación.

Afirma la demanda que el señor Londoño A. fue ultimado por la policía, en el área urbana del municipio de Liborina, en el departamento de Antioquia.

Pues bien. Aparece bien demostrado en autos:

a) Que el dia 15 de septiembre de 1986, a eso de la 1:30 de la madrugada, murió en forma violenta el señor Londoño a consecuencia de las heridas que recibió, causadas con arma de fuego y con arma cortopunzante (ver diligencia de necropsia a folios 94 y siguientes y certificado de defunción a folios 8 del cuaderno principal).

b) Que el mismo señor estuvo detenido en el comando de la policía de esa población, más o menos desde las 7 de la noche del dia anterior, 14 de septiembre, hasta la primera hora del 15 (ver planilla de guardia a folio 79 y 80).

c) Que coincidió la liberación del señor Londoño, con la salida de un grupo de policías, entre los que estaban el comandante del puesto y Pedro Antonio Herrera Ortiz, a patrullar las calles de la población (ver hoja de guardia y testimonio del agente de policía Alvarez Sanchez a fol 133 anexo).

d) Que tan pronto fue liberado Londoño empezó a correr y buscó refugio momentáneo en la casa del señor Leonardo Díaz (a folio 101 vuelto) para seguir su huída. Sobre ésto último declara Dolly Amparo Alvarez R. (folios 143 y 144).

e) Que tan pronto se oyeron los disparos los seis agentes de policía rodearon el cuerpo del Londoño, en actitud expectante (a folios 111, declaración de Peña Peña)

f) Que nadie vio a otras personas distintas en el lugar de los acontecimientos, salvo el señor Peña Peña que se acercó cuando iba para su trabajo (barrendero del municipio) y pudo constatar la presencia de los policías (a folios 139 y siguientes).

g) Que el señor Londoño había regresado a su pueblo, pocos dias antes, luego de haber purgado pena en la colonia de Acacías.

h) Que el citado señor era considerado en el lugar como un vago, como un auténtico antisocial, indeseable, poseedor de serios anteceentes delictivos.

i) Que al momento de su muerte no ejercía ninguna actividad laboral conocida.

j) Que los agentes sindicados del homicido, señores Luis E. Zapata Villa y Pedro Antonio Herrera Diaz, fueron favorecidos por la justicia penal militar con orden de cesación de todo procedimiento (ver copias de las providencias de primera y segunda instancia a folios 44 y siguientes y 67 y siguientes del cuaderno principal).

Los hechos que se dejaron reseñados resultaron, como se dijo, adecuadamente probados; hechos que permiten inferir la siguiente cadena indiciaria que compromete la responsabilidad patrimonial de la entidad, por falla del servico:

1) Javier Londoño A. había regresado a su tierra natal en los dias anteriores y venía de una colonía penal de purgar una pena. En el pueblo se le tenía por un vago, atracador, sin oficio conocido. Este es el primer indicio. No era persona querida dentro del grupo social y las personas de bien veían en él un elemento perturbador. La misma autoridad era consciente de esa situación y uno de los agentes en su declaración ante el juez penal, dijo que tenían información que había regresado al pueblo a liquidar al Comandante del puesto de policía, cabo Castro G. (ver testimonio del agente José León Alvarez Sanchez, a folios 133 del anexo)

2) El señor Londoño, aproximadamente a las 7 de la noche del 14 de septiembre, fue aprehendido por uno de los agentes, con la razón de que el Comandante lo necesitaba en el puesto (ver declaración de Dioselina Londoño, al folio 37 del anexo). Y a eso de la 1:30 del día 15 fue dejado en libertad, coincidiendo esto con la salida del grupo de policías a patrullar, en el cual estaba el agente Pedro Antonio Herrera Suárez, uno de los sindicados (ver declaración del agente Jorge Iván Zapata M. al folio 131 del anexo).

3) Tan pronto salió del Comando, Javier empezó a correr y entró abruptamente a la casa e su amigo Leonardo Díaz C. y volvió a salir, atinando sólo a decir que lo venían persiguiendo (ver declaración de Leonardo Díaz C. al folio 101 vuelto).

4) Al poco rato se oyeron los disparos, y el señor Peña P., barrendero del municipio, vió el cuerpo de Londoño en el suelo, quejándose, agonizante y rodeado de un grupo de policías expectantes. Ni Peña, ni los agentes ni ninguna otra persona dice haber visto a nadie más cerca al lugar de los acontecimiento. Según se constató en la necropsia, Londoño recibió dos tiros de revólver en la cabeza y cuatro puñaladas en el pecho.

5) El agente Zapata Villa, el día anterior, había advertido a los agentes que le pusieran cuidado a Londoño que venía con la consigna de matar al comandante (ver declaración de José Luis Alvarez S. a folio 137 anexo)

6) La defensa de la policía constituye asimismo un indicio. No da explicación satisfactoria y ni siquiera le imputa el hecho a un tercero. Se limita a afirmar que era un indeseable y un vago, además de ser un sujeto peligroso.

A modo de justificación apelan al rumor público generalizado de que era un antisocial que había llegado al pueblo a asesinar al comandante.

7) La contestación de la demanda conforma otro indicio más. En ella se señala como objetivo de las pruebas no el de exonerar a los agentes de la grave imputación de homicidio que se les había hecho, sino la de probar que era " un individuo que no era útil ni productivo a la sociedad o familiares sino que era un vago que nadie quería en el municipio de Liborina".

8) Las evasivas de los testigos en sus declaraciones. La mayoría dicen no saber nada, ni haber oído nada. No obstante, son contestes en afirmar el rumor público de que había sido la policía la autora del crimen y que Londoño era un vago, no querido en el pueblo.

9) Las hojas de vida de los dos agentes sindicados dejan mucho que desear, ya que presentan múltiples sanciones en el cumplimiento de sus deberes (ver hojas de vida a folios 156 y siguientes y 164 y siguientes del cuaderno principal).

10) Los mismos jueces que juzgaron el asunto desde el punto de vista penal, pese a aceptar que se dió un grave indicio de responsabilidad contra los agentes Zapata Villa y Herrera Ortiz, concluyen, por fuera de la lógica, que se debe cesar todo procedimiento contra dichos agentes. De la providencia del Tribunal Superior Militar se destaca el siguiente aparte:

> " Así, de la prueba allegada surge a lo sumo un grave indicio de responsabilidad penal para los policías que se hallaban en la repartición policial de Liborino, no sólo contra los dos incriminados indagatoriados ya que uno es el cargo en todos cual es el de la " posibilidad" de causarle daño a la víctima, habida cuenta los antecendentes consignados; nó aparece prueba directa" de la autoría de la muerte de Londoño a través del expediente, concretándose ésta a la materialidad del " Homicidio" y a la existencia de un grave indicio como se repite en contra de los componentes presentes de la Estación de Policía Liborina".

Lo anterior da certeza suficiente para concluír: a) Que los agentes de la policía de Liborina, dieron muerte al señor Javier Londoño A. el dia 15 de septiembre de 1986; b) Que el móvil fue la "limpieza" del lugar, por tratarse de un indeseable y de un antisocial de reconocida fama y antecedentes.

Esta convicción le permite a la sala hacer estas reflexiones:

Nadie en Colombia se puede arrogar la facultad de definir (con fines de exterminio o de perdón) quién es útil, bueno y merece seguir con vida y quién es malo, inútil, " desechable" y debe morir. Nadie, y mucho menos la autoridad.

Cuando la autoridad asume ese papel, pierde su basamento moral y legal, y de *protrectora de la vida, honra y bienes de los demás* (deberes y obligaciones que

justifican su existencia) se convierte en la monstruosa dueña de la vida, de la honra y de los bienes.

Es el primer paso para la anarquía social y el mundo está plagado de esos ejemplos.

La " limpieza " de un país, que conduce a los peores excesos y desviaciones, " normalmente" empieza con los llamados, por " los nuevos justos", desechos humanos (homosexuales, vagos, rateros, drogadictos, prostitutas) para envolver luego a los líderes agrarios, comunales, sindicales o a las personas que profesan ideología contraria al sistema y son incómodas porque la pregonan.

Esta sala ha sido una voz solitaria de alarma. Fuera de la realidad, dirán algunos; simples poetas, dirán otros. Estamos en guerra y todo es permitido, agregarán los de más allá, justificando los holocaustos y los genocidios. Los "doctos" alegarán la prevalencia del interés general sobre el particular como sucedió en noviembre del 1985 en nota publicada en un periódico de amplia circulación, luego de la toma del Palacio de Justicia. Aunque este interés particular sea la vida misma y ese interés general sea una " institución", a quien se le habían matado sus mejores exponentes para " salvarla".

Esta la distorsión de la moral y de la lógica que olvida el valor del hombre en el mundo y su significado.

A este respecto la sala trae a colación la siguiente cita tomada de la obra " La dignidad de la persona", cuyo autor es el profesor Jesús González Pérez:

> " TOMAS Y VALIENTE terminaba una conferencia sobre la tortura judicial pronunciada en la Universidad de Salamanca en 1971 con estas palabras: "como decían los personajes de la Antígua griega y de la Antígona de Bertolt Brencht, *no hay nada en la creación más importante ni más valioso que el hombre, que todo hombre, que cualquier hombre."* (subrayas fuera de texto).

En una sociedad cristiana (y Colombia merece aún ese calificativo) no puede haber " desechables"; y ni siquiera en su diccionario puede existir este horrendo vocablo.

Este es el cuadro que muestra este expediente. Y no hay que ser muy sagaz para concatenar una serie de indicios que muestran una vez más esa despiadada labor de " limpieza"

Los perjuicios.

La sala los limitará a los morales, a favor de los padres del occiso, señores Cayetano Antonio Londoño Villa y Virgelina Arango de Londoño (ver certificación a folios 8, 9 y 16 del cuaderno principal).

Aquí la sala sólo condenará a 500 gramos oro para cada uno (su equivalencia en pesos) apelando para ello a su arbitrio judicial.

Frente a los hermanos la decisión será denegatoria porque sólo se probó el parentesco que los ligaba con Javier y faltó la prueba de las circunstancias de trato, ayuda mutua y colaboración que ha venido exigiendo la jurisprudencia para ese reconocimiento.

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,

F A L L A :

Revócase la sentencia de julio 26 de 1991, dictada por el tribunal administrativo de Antioquia. En su lugar:

Declárase responsable a la Nación (Ministerio de Defensa - Policía Nacional - de la muerte del señor JAVIER DE JESUS LONDOÑO A. acaecida el dia 15 de septiembre de 1986 en Liborina (Antioquia).

Como consecuencia, se le condena a pagar, por concepto de perjuicios morales, la cantidad de 500 gramos (su equivalente en pesos) a cada una de las siguientes personas: CAYETANO ANTONIO VILLA Y VIRGELINA ARANGO DE LONDOÑO.

El valor del gramo oro (precio nacional) lo certificará el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de este fallo.

Deniéganse las demás súplicas.

Expídanse las copias para su debido cumplimiento.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE

Esta providencia fue aprobada por la sala en su sesión celebrada el dia 4 de junio de 1992.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

REGALIAS/ PARTICIPACIONES/ HIDROCARBUROS

En parte alguna de la ley se ordena que esta forma de fijar el precio (en dinero) se aplique a las relaciones que por ley existen entre la Nación y los entes territoriales para pagarles la participación, que no regalías, a que tienen derecho. El acto acusado tampoco viola lo pertinente del Código de Petróleos, pues ésta normatividad regula todo lo relacionado con las regalías que los concesionarios deben pagar al gobierno y en parte alguna se ocupa de fijar el procedimiento para liquidar el precio del petróleo crudo con el fin de pagar las participaciones. Aunque el legislador utiliza indistintamente los conceptos "regalías" y "participaciones", la Sala tiene la cabal comprensión del universo estricto y jurídico de cada uno de ellos, pues la primera es el derecho que corresponde al Estado en la explotación de los recursos petrolíferos de su propiedad y la segunda, es la cesión que éste hace a los entes territoriales, en cuyas áreas se encuentran los yacimientos que son explotados.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Adinistrativo.-Sección Tercera.- Santafé de Bogotá D.C., junio cinco (5) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Dr. Julio César Uribe Acosta*

Referencia: Procesos Acumulados N° 5731 y 5730; Actores: Alfredo Castaño Martinez y Francisco Soto Berardinelli.; Demandado: La Nación - Ministerio de Minas y Energía y Otros.

- I -

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a fallar los procesos del rubro, los cuales se iniciaron por los demandantes en ejercicio de la acción pública de nulidad, consagrada en el artículo 84 del C.C.A.

Para la mejor comprensión jurídica de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso, se transcribirá a continuación lo pertinente de los referidos libelos, en los cuales se discurre dentro el siguiente universo:

PROCESO NUMERO 5731

"DECLARACION:

" Que son nulos los Artículos Primero y Parágrafo, Segundo y Tercero del Decreto Reglamentario número 545 del 15 de marzo de 1989, por el cual se reglamentan parcialmente los Decretos 1246 y 2310 de 1974 y la ley 75 de 1986, por ser violatorios de la Constitución y las Leyes de la República.

"QUIENES SON PARTES EN ESTE PROCESO?

" Son partes en este proceso: El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, los señores Ministros de Minas y Energía y de Hacienda y Crédito Público, la Nación, representada por las Fiscalía (sic) del Consejo de Estado, y las entidades Territoriales beneficiarias de las regalías Petrolíferas, quienes tienen interés directo en las resultas de este proceso a saber: los Departamentos de HUILA, SANTANDER, ANTIOQUIA, META, BOYACA, BOLIVAR, NORTE DE SANTANDER, CESAR, TOLIMA y NARIÑO, así como las Intendencias de ARAUCA, CASANARE, Y PUTUMAYO, quiénes están representadas por los respectivos Gobernadores e Intendentes, y, los Municipios de Neiva, Aipe, Barrancabermeja, Sabana de Torres, Yondó, Villavicencio, Puerto Boyacá, Mompós, Talaiguanuevo, San Pablo, Tibú, Sincelejo, Ortega, Tello, Orito, donde están localizados los yacimientos de Petróleos y de los respectivos Departamentos antes citados, y los Municipios de Arauca, Arauquita, Tame, Saravena, y Yopal, de las respectivas Intendencias Nacionales antes citadas, representadas por sus Alcaldes Municipales y la Empresa Colombiana de Petróleos "ECOPETROL", representada legalmente por su Presidente, de conformidad con el Artículo 149 del C.C.A., y, como demandante, el suscrito.

"HECHOS Y OMISIONES QUE FUNDAMENTAN LA ACCION.

" 1°) El dia 15 de marzo de 1989, el Gobierno Nacional, con la firma del señor Presidente de la República, VIRGILIO BARCO, y del señor Ministro de Minas y Energía, doctor OSCAR MEJIA VALLEJO y del Ministro de Hacienda doctor LUIS FERNANDO ALARCON MANTILLA, invocando las facultades del ordinal 3 del Artículo 120 de la Constitución Nacional, dictó el Decreto 545 de marzo 15 de 1989.

" 2°) El contenido del mencionado Decreto está publicado en el Diaro Oficial número 38.743 correspondiente a la Edición del 16 de marzo de 1989, página 5, que adjunto a la presente demanda, cuyos artículos PRIMERO, SEGUNDO y TERCERO , Acuso y omito su transcripción literal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

" A.) DISPOSICIONES VIOLADAS

" El Decreto 545 de marzo 15 de 1989, viola obstensiblemente la jerarquía normativa de los Artículos 120, ord, 3°, 20, 32, 55, 76 y 183 de la Constitución Nacional; el Artículo 13 de la ley 10 de 1961; el Artículo 1, 2, 3, 4, 5, 6, del Decreto 1246 de 1974 y el Artículo 98 de la Ley 75 de 1986; el Artículo 3 del Decreto 2310 de 1974 de Emergencia Económica los Artículos 39, 40, 41, 42 y 43 del Código de Petróleos (Decreto 1056 de 1953) y el Decreto 2734 de 1985 Art. 1 y 2.

" B) CONCEPTO DE LA VIOLACION

" El Gobierno Nacional, al expedir el Decreto 545 de 1989, acusado, adoptó medidas de carácter legislativo, en materia que es del resorte del Congreso de la República, en matería tan importante como las regalías y participaciones que afecta el patrimonio y las rentas de la Nación y sus entidades territoriales, en las cuales se explotan yacimientos petrolíferos de propiedad de la Nación, y que por tal razón deben percibir las correspondientes Regalías por ser la propietaria del subsuelo petrolífero.

" El gobierno mediante la norma acusada, desbordó la potestad Reglamentaria del numeral 3° del Artículo 120 de la Carta Fundamental, al adoptar disposiciones de carácter Legislativo que reforman el Código de Petróleos y las Leyes 10 de 1961, Art. 13 y 75 de 1986, Art. 98, y los decretos con fuerza de ley números 2310 de 1974, Art. 3°, el 1246 de 1974 y el 2734 de 1985 al reformar el sistema y procedimiento ya fijado en los artículos 39, 40, 41 y 42, y 43 del Código de Petróleos, que si bien deja a opción del Gobierno escoger en Dinero o en Especie la participación por concepto de REGALIAS, en el campo de Producción de Petróleos correspondiente al 20% Veinte por ciento del VALOR NETO DE LA PRODUCCION, esto es, el 20% de la PRODUCCION BRUTA el petróleo producido en las Concesiones Vigentes o en los Contratos de Asociación-Consesión de Servicio Público de Explotación y Producción de Petróleos autorizados por el Decreto 2310 de 1974, de las viejas concesiones y aportes especiales a cargo hoy de la Empresa Colombiana de Petróleos que revirtieron a la Nación y aportadas a ECOPETROL, para su operación y administración directa, y los aportes hechos por el Gobierno Nacional a ECOPETROL, en desarrollo del Artículo 12 de la Ley 20 de 1969, que de conformidad con las leyes vigentes se distribuye así: para la producción de petróleo proveniente de los contratos mal llamados de "ASOCIACION", los primeros doce puntos porcentuales sobre el 20% del valor o Producción Bruta de los yacimientos petrolíferos para los Departamentos y Municipios y el excedente, hasta el 20% con destino a la Nación o sea el 8% sobre el 20% de la Producción Bruta, y cuando ECOPETROL explote directamente los yacimientos de Propiedad Nacional, está obligada a hacer las transferencias indicadas en los numerales 1 y 2 del Artículo 98 de la Ley 75 de 1986, para lo

cual se presume una regalía del 20% sobre la producción y valor de la Producción Bruta de Petróleo en el campo de Producción. Ahora bien, de ese doce por ciento (12%) sobre el veinte por ciento (20%) del valor de la producción bruta de petróleo o hidrocarburos (petróleo crudo y Gas Natural o Asociado) le corresponden a las entidades territoriales un 9.5% a los Departamentos y un 2.5% a los Municipios cuyo petróleo sea producido en Asociación entre ECOPETROL, su entidad asociada, conforme lo dispuso el Artículo 3° del Decreto 2310 de 1974 de Emergencia Económica, y para los viejos y vigentes contratos de Concesión y aportes de ECOPETROL, sobre un veinte por ciento (20%) de la producción bruta de petróleo, los primeros doce puntos porcentuales para los Departamentos y Municipios y el restante 8 por ciento (8%) a favor de la Tesorería General de la Nación, ahora bien la participación de los Departamentos y Municipios y los Departamentos donde ECOPETROL explota directamente petróleos de propiedad Nacional, ese doce por ciento (12%), se distribuye así: el 65% al Departamento y el 35% a los Municipios.

" Para las entidades Territoriales y la Nación, la producción o participación de las concesiones de Petróleos actualmente vigentes, se rigen por las normas vigentes a la celebración de dichos contratos de Concesión y el Artículo 13 de la Ley 10 de 1961 y demás normas del viejo código de Petróleos y lo establecido en el Decreto 1246 de 1974, que además de las Regalías estableció en favor de los Municipios y Departamentos productores de Petróleos unas participaciones adicionales a las Regalías Nacionales, en su Artículos 3, 4 y 5 que se encuentran vigentes, pues no fueron derogados por la Ley 75 de 1986.

" Ahora bien, dice el Artículo 39 del Código de Petróleos, que cuando las participaciones por Regalías se exijan en dinero, a opción del Gobierno, se pagarán mensualmente en DOLARES, ó en MONEDA LEGAL COLOMBIANA, sobre la base del PRECIO MEDIO DEL PETROLEO CRUDO RESPECTIVO EN EL PUERTO DE EMBARQUE. DE ESTE PRECIO MEDIO SE DEDUCIRA EL COSTO DEL TRANSPORTE ENTRE DICHO PUERTO DE EMBARQUE Y EL CAMPO DE PRODUCCION, DE CONFORMIDAD CON LAS TARIFAS DE TRANSPORTE POR OLEODUCTO, INCLUYENDO TRASIEGO, SI FUERE EL CASO, de conformidad con las tarifas fijadas por los Artículos 56 y 57 del Código de Petróleos. Continúa diciendo el Artículo 39 que la DETERMINACION DEL PRECIO MEDIO DEL CRUDO SE HARA CON BASE EN NORMAS INTERNACIONALES Y VALORES DE CRUDO SEMEJANTES EN PUERTOS QUE PUEDAN ABASTECER EL MERCADO EN CONDICIONES SIMILARES (Las mayúsculas son mías).; y los Artículos 41 y 42 del Código de Petróleos, establecen: las REGALIAS, de que trata este capítulo se cobrarán después de descontar el petróleo crudo y el gas que se consuman en beneficio de la respectiva concesión dentro de los linderos de la misma, y cuando las regalías señaladas en el Artículo 39, se exijan en dinero, se pagarán sobre la base del PRECIO MEDIO durante el mes anterior, del petróleo crudo en el Puerto de embarque y si dicho petróleo no tuviere precio

comercial, en el Puerto de Embarque, se tomará como base el precio MEDIO durante el mes anterior, del mismo petróleo o de otro petróleo crudo equivalente que para tal efecto se convenga durante la explotación entre el Gobierno y el Contratista Concesionario, en el mercado que señale el respectivo contrato y agrega la norma en cita: " del precio medio del petróleo deberá deducirse el costo del transporte desde puerto de embarque hasta el mercado regulador, y por su parte el Decreto 2734 de 1985 que reglamentó parcialmente la ley 10 de 1961 y el Decreto 1246 de 1974 en materia de Regalías Petrolíferas, dijo que los Concesionarios de Exploración y Explotación de Petróleos de Propiedad Nacional, deberán entregar a ECOPETROL, las regalías de la Nación y las participaciones que corresponden a las entidades territoriales quedando de cargo de ECOPETROL, la obligación de transferir a las Tesorería de la Nación sus entidades descentralizadas el valor en Moneda Legal de las regalías y participaciones recibidas de acuerdo a los precios de liquidación que fijare el Ministro de Minas, teniendo en cuenta, obviamente el precio promedio del mes anterior en Puerto de Embarque de acuerdo con la calidad del Crudo respectivo, fijado por normas internacionales.

" - Cuál es el precio medio del Crudo con base en normas internacionales?

" Según el AMERICAN PETROLEUM INSTITUTE " API", el crudo medio es el que tiene una gravedad de acuerdo con su densidad de 27 grados, (27° API) que se comercia en los mercados de Estados Unidos, Costa Este , New York y Texas, Coral Gables, o sea el crudo marcador o de referencia denominado WEST TEXAS INTERMEDIATE, en el mercado SPOT (abierto) en los Puertos de New York, ó de Texas, ó Coral Gables de los Estados Unidos o en Puerto Europeo de ROTTERDAM, donde se comercia el petróleo crudo el hemisferio Oriental, Arabe o Africano, y de Europa, ya sean de los países productores de la OPEP, o los no OPEP, (vgr. los crudos ARABIAN LIGHT de Arabia Saudita) el BONNY LIGTH de Nigeria o EKOFISK de Noruega, o BRENT del Reino Unido de Gran Bretaña, que conforman junto con otros, la llamada "Canasta de Crudos", del mercado internacional y que se cotizan diariamente en dichos puertos internacionales, según los reportes de la OPEC (Opec Review Bulletin) o de la Prensa diaria intenacional (The Economist, World Oil, Oil Gram, Petroleum Economist), o precios de referencia fijados por los países productores para cada tipo de crudo, que son los mismos que se tienen en cuenta como referencia en la República de Colombia para la fijación de los precios de los crudos que se produzcan en las Viejas Concesiones o en los llamados contratos de Asociación Petrolera, de acuerdo con las resoluciones 50 de 1976, (mayo 26), 58 de 1980 (mayo 21), 061 de 1983 (julio 22) y 0060 de 1986 (enero 21) y 1777 de 1986, por las cuáles se determinan como precios internacionales de referencia, los del hemisferio Occidental y Norte de Africa, para los crudos de Asociación y de Exportación. Estos precios sirven a su vez para la referencia de los precios de los crudos incrementales de los contratos de Concesión, los cuales no pueden sobrepasar el 53% de los precios de los crudos de los contratos de ASOCIACION (Ley 20/69) y (Decreto 2310 de 1974) y para los crudos básicos de ambos tipos de Contratos de Concesión de Servicio

Público de Petróleos, que debe determinar y fijar, la comisión de precios del Petróleo y Gas Natural del Ministerio de Minas y Energía con base en la facultad otorgada por el Decreto 844 de 1975 el cual incorpora el Decreto 2008 de 1967, orgánico de dicha comisión oficial.

"- Cuáles son los Puertos de embarque de Petróleos?

" En Colombia tenemos los puertos petroleros de embarque en TUMACO, para los crudos de Putumayo, y el de COVEÑAS (Sucre) para los demás crudos colombianos de "EXPORTACION", como Puertos marítimos, y, como, puertos fluviales de embarque sobre el río de la Magdalena, tenemos los puertos nacionales de Dorada, Puerto Salgar, Vasconia, Barrancabermeja (Galán), El Retiro, donde se entrega y transporta petróleo crudo por los concesionarios a ECOPETROL a título de venta y, que generalmente ECOPETROL recibe en su REFINERIA DE BARRANCABERMEJA, ya sea por el sistema de Oleoductos terrestres o por carrotanques o por vía fluvial en algunos casos, para la refinación y destinación interna en Colombia y en las refinerías de Barrancabermeja y Cartagena en mayor proporción.

" Por manera, que son aquellos los precios medios o promedios de los crudos que de acuerdo a su calidad y propiedades fisicoquímicas tienen su precio de cotización y referencia en el mercado Petrolero Internacional, los cuales se toman en Colombia también para fijar los precios de los petróleos destinados a la refinación y consumo nacional y a la "Exportación" a los mercados abiertos SPOT, o los Estados Unidos, los mismo que deben tenerse en cuenta para la fijación y determinación del VEINTE POR CIENTO (20%) DEL *VALOR* DE LA PRODUCCION BRUTA DE PETROLEOS DE LOS CONTRATOS DE CONCESION Y ASOCIACION VIGENTES Y LOS APORTES DE LA EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS Y CONTRATOS ESPECIALES DE PRODUCCION (Las Monas vgr.), para hacer funcionar el aforismo latino que reza " *Ubi aedem ratio,ibi, aedem legis dispositio* " o sea que donde existe una misma situación de hecho, ha de darse una misma solución de Derecho, y no cercenar al alcance de las disposiciones legales vigentes sobre regalías atrás citadas, como lo hizo el Gobierno Nacional, con la expedición del Decreto 545 de marzo 15 de 1989, aquí acusado.

" Dispuso el Artículo Primero del Acto Administrativo enjuiciado que:

" El precio básico (del petróleo crudo de regalía) será igual al precio promedio ponderado que resulte de tener en cuenta el porcentaje de crudos que se exporten y el que se refinen en el país. En el primer caso, es decir en el de los crudos que se exporten, se tendrá como precio de referencia el precio internacional AFECTADO POR UN FACTOR DE CALIDAD, MENOS LOS COSTOS DE TRANSPORTE Y TRASIEGO a que hubiere lugar desde el campo de producción hasta el puerto de embarque. En el segundo caso, o sea, el del petróleo que va a la refinación interna, el precio de referencia, es el del valor de la canasta de los DERIVADOS del PETROLEO AFECTADO por un

factor de calidad del crudo MENOS LOS COSTOS DE REFINACIÓN, transporte y trasiego DE LOS PRODUCTOS (refinados) a los centros de Abasto, o puerto de exportación, menos los costos de transporte del crudo a las refinerías, Así..."

" y a continuación señala la fórmula matemática para la determinación del precio ponderado.

" La violación consiste en que el decreto acusado, en el Artículo Primero antes transcrito, incluye la deducción de los COSTOS DE REFINACION adicional a los del TRANSPORTE y TRASIEGO autorizada por el Artículo 39 del Código de Petróleos para los contratos de concesiòn para el petróleo crudo producido en ellos, como factor para la determinación del precio básico del crudo de Regalías y participaciones por la explotación de hidrocarburos a cargo de los concesionarios, asociados y de ECOPETROL, en yacimientos de propiedad nacional o de la NACION y tomando como valor o precio de la referencia, no el del petróleo crudo similar a los de los mercados internacionales de acuerdo con su calidad o gravedad API, sino el del VALOR DE LA CANASTA DE LOS DERIVADOS DEL PETROLEO, que constituyen toda una gama de PRODUCTOS REFINADOS, ELABORADOS Y TRANSFORMADOS y en estado físico y químico distinto al original del petróleo crudo, con valores agregados distintos determinados, por su calidad y uso, Vgr, no es lo mismo el PETROLEO CRUDO, que la GASOLINA MOTOR, o de AVIACION, o el AZUFRE, o la PARAFINA o el ASFALTO, o el POLIETILENO, que son derivados líquidos y sólidos del PETROLEO CRUDO, y que tienen insumos, costos, como los de la mano de obra, salarios, procesamiento y demás, para la obtención de tales derivados del petróleo, que si se deducen resultan pírricas e irrisorias o negativas las REGALIAS PETROLIFERAS a que tiene derecho la Nación y sus Entidades Territoriales por ser propietarias del subsuelo petrolífero. Así las cosas, el Artículo Primero del Acto Enjuiciado, viola la normatividad de los Artículos 39 a 43 del Código de Petróleos y de contera, al Artículo 13 de la ley 10 de 1961, los Decretos 1246 y 2310 de 1974 Art. 3°., y los Decretos 2734 de 1985 que resultan desbordados en sus previsiones normativas y obstensiblemente violados por el Acto acusado. Excediéndose el Gobierno en su potestad Constitucional reglamentaria de las leyes 10 de 1961 Art. 13 y 75 de 1986 en su Artículo 98 desbordando el marco legal trazado por las normas que dice reglamentar el Decreto 545 de marzo 15 de 1989 por lo que se depreca la nulidad, en el Contencioso de Anulación de los Artículos PRIMERO, SEGUNDO y TERCERO del Acto enjuiciado. El decreto acusado se dictó igualmente, con desviación de las atribuciones propias que competen al Gobierno, pues de manera deliberada y a pretexto de reglamentar parcialmente los Decretos 1246 y 2310 de 1974 y la ley 75 de 1986, no precisa cuales de sus artículos reglamenta y quedan derogados expresa o tácitamente, pero si los viola flagrantemente al modificar sus previsiones normativas, se han invadido los campos de competencia que la Constitución Nacional Art. 76 la asigna al Congreso de la República para establecer: el ordenamiento jurídico positivo de la Nación, interpretar, reformar y derogar las

leyes, con lo cual el Gobierno se extralimitó también en sus funciones administrativas en perjuicio del patrimonio y las rentas de la Nación y sus entidades territoriales protegidas por el Artículo 183 de la Carta Fundamental.". (fls. 3 a 8 Cdno N° 1).

PROCESO NUMERO 5730

"...presento demanda contra la Nación colombiana representada por el Señor Ministro de Minas y Energía (Dr. OSCAR MEJIA VALLEJO o quien haga sus veces), para que con audiencia del Agente del Ministerio Público, y mediante el trámite del proceso ordinario señalado en el Título XXIV del C.C.A., se haga la siguiente DECLARACION:

" Declarase la nulidad del Decreto 545 de marzo 15 de 1989, expedido, en ejercicio del Numeral 3 del Artículo 120 de la C.N., por el señor Presidente de la República y sus ministros de Minas y Energía y Hacienda y Crédito Público."

" FUNDAMENTOS DE DERECHO:

" Las explotaciones de los hidrocarburos generan para las entidades territoriales de la República, en cuyos territorios se lleven a cabo dichos trabajos, unas rentas o derechos, determinables de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley. Estos criterios son de obligatoria observancia para las autoridades administrativas.

" Actualmente las explotaciones de hidrocarburos se llevan a cabo en Colombia directamente por el Estado, a través de la Empresa Colombiana de Hidrocarburos (ECOPETROL) o por medio de contratos con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras. Estos contratos pueden ser de Concesiòn o de asociación .

" Las rentas de las entidades territoriales por concepto de las explotaciones de hidrocarburos se denominan indistintamente, participaciones o regalías. Hasta la vigencia de la Ley 10 de 1969 se habló de regalías para la Nación y participación para los Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios, pero con la expedición de la citada Ley, el término regalía se cambió por el de participación. En las explotaciones directas de Ecopetrol o adelantadas mediante contratos de Asociación, las entidades territoriales perciben regalías.

El precio de base del petróleo que sirve para la liquidación y pago de las regalías y participaciones regionales y locales, es aquel que tenga dicho petróleo en boca de pozo. Este precio se determina tomando el precio del petróleo en puerto de exportación y retándole al mismo el costo del transporte entre dicho pozo y el mencionado puerto, tal y como lo ordenan los Artículos 39 y 41 del Código de Petróleos, adicionado y reformado por el Artículo 13 de la Ley 10 de 1961. Igualmente se llega a la misma conclusión en la aplicación del Artículo 3 del Decreto Legislativo 2310 de 1974 (Emergencia Económica y Social).

" Cuando el Decreto Reglamentario 545 de 1989 pretende reglamentar el Decreto Extraordinario 1246 de 1974 y el Decreto 2310 del mismo año, en realidad está violando estas normas de superior jerarquía, porque el derecho claro y determinable que tales normas conceden a las entidades territoriales, se ve disminuído y afectado con la aplicación de la fórmula matemática que establece el Decreto acusado en su Artículo Primero. Con las disposiciones legales reglamentadas, el precio del petróleo que sirve de base para la liquidación de las regalías o participaciones de la entidades territoriales sólo se ve afectado con el costo del transporte entre el pozo y el puerto respectivos, mientras que ese mismo precio base lo afecta el Decreto acusado con el costo del transporte, factor de calidad, costos de refinación y trasiego. Es decir, que el Decreto acusado en lugar de facilitar el entendimiento y cumplimiento de unas normas superiores de claro lenguaje en su texto, contiene un galimatías que produce confusión y contraría el sentido de la Ley y de la potestad reglamentaria.

" El Gobierno Nacional, por medio del Decreto 545 de 1989, al violar las leyes que pretendió reglamentar, se ha convertido en legislador, sin estar autorizado por el Congreso Nacional y sin estar haciendo uso de los Artículos 121 y 122 de la C.N., por lo que considero, que ha usurpado con la exdición (sic) de la norma acusada funciones propias del legislador y en consecuencia el Decreto acusado queda incurso en el vicio de incompetencia de la autoridad que lo produjo con abuso de poder.

" Por otra parte, el Decreto acusado tiene unos considerandos erróneos y sin nexo causal con el articulado del mismo, ya que el hecho de que el Estado recaude las regalías en dinero o en especie, en nada modifica la obligación legal de liquidar y pagar las regalías y participaciones de las entidades territoriales mediante la aplicación del clarísimo procedimiento establecido por el Código de Petróleos y por las leyes que lo adicionan y reforman. Dentro de dichos considerandos sorprenden, aquel que reconoce la existencia de diversos criterios para señalar los precios del petróleo crudo que sirven de base para liquidar los derechos de la Nación y de las entidades territoriales en materia de hidrocarburos, y aquel que manifiesta la necesidad de establecer un procedimiento para la liquidación de las mencionadas regalías y participaciones. Por qué sorprenden? Por la razón de que ese procedimiento es uno solo y está claramente determinado por el Código de Petróleos.

" EN CONCLUSION:

" El Decreto 545 del 15 de marzo de 1989, acusado en esta demanda, adolece de los siguientes vicios que obligan a la declaratoria de su nulidad:

" a) Violación de los Artículos 120, numeral 3 y 183 de la C.N., 39 y 41 del Código de Petróleos, 13 de la Ley 10 de 1961 y 3 del Decreto Legislativo 2310 de 1974;

"b) Incompetencia del Gobierno Nacional al expedirlo contrariando las normas que dice reglamentar para consagrar regulaciones propias del legislador;

"c) Falsedad en la motivación expuesta en sus considerandos.".-

- II -

CONDUCTA PROCESAL DEL APODERADO DE LA EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS - ECOPETROL -

Dentro del término de ley alegó de conclusión, para *EXPONER:*

" El doctor Castaño Martínez ha demandado el Decreto 545 de 1989 porque, según él, el Gobierno al expedirlo desbordó la potestad reglamentaria al adoptar disposiciones de carácter legislativo que " reforman" varias normas con valor jurídico de ley. " La violación consite (sic) - dice el demandante- en que el Decreto acusado, en el Artículo Primero antes transcrito, incluye la deducción de los COSTOS DE REFINACION adicional a los del TRANSPORTE Y TRASIEGO autorizada por el Artículo 39 del Código de Petróleos para los contratos de concesión para el petróleo crudo producido en ellos, como factor para la determinación del precio básico del crudo de Regalías y participaciones por la explotación de hidrocarburos a cargo de los concesionarios, asociados y de ECOPETROL, en yacimiento de propiedad nacional o de la NACION y tomando como valor o precio de referencia, no el del petróleo crudo similar a los de los mercados internacionales de acuerdo con su calidad o gravedad API, sino el del VALOR DE LA CANASTA DE LOS DERIVADOS DEL PETROLEO, que constituyen toda una gama de PRODUCTOS REFINADOS, ELABORADOS Y TRANSFORMADOS y en estado físico y químico distinto al original del petróleo crudo, con valores agregados distintos determinados, por su calidad y uso,... Así las cosas, el Artículo Primero del Acto Enjuiciado, viola la normatividad de los Artículos 13 de la ley 10 de 1961, los Decretos 1246 y 2310 de 1974 Art. 3°., y los Decretos 2734 de 1985 que resultan desbordados en sus previsiones normativas y obstensiblemente violados por el Acto acusado. Excediéndose el Gobierno en su potestad Constitucional reglamentaria de las leyes 10 de 1961 Art. 13 y 75 de 1986 en su artículo 98 desbordando el marco legal trazado por las normas que dice reglamentar el Decreto 545 de marzo 15 de 1989 por lo que se depreca la nulidad, en el Contencioso de Anulación de los Artículos PRIMERO, SEGUNDO y TERCERO del Acto enjuiciado."

" Refiramonos entonces a las normas supuestamente violadas para mostrar con absoluta claridad que el Decreto 545, no sólo no las viola, sino que es un instrumento indispensable para la aplicación de las normas cuya reglamentación se propone.

" El artículo 13 de la Ley 10 de 1961. La piedra angular de la demanda es este artículo. Comencemos, pues, por analizar sus disposiciones con miras a

determinar su alcance y verificar si el decreto acusado lo violan o no. Bien leída esta demanda, la pretendida violación de las otras leyes así como de las normas Constitucionales, se desprende de la supuesta violación de esta Ley 10 de 1961.

" El inciso 1° de dicho artículo encuadra las situaciones jurídicas a las cuales es aplicable la norma. Dice así dicho inciso: " Todo *concesionario* de exploración y explotación de petróleos de propiedad Nacional pagará al gobierno la siguiente participación, *en especie o en dinero,* a voluntad del Gobierno, en el campo de producción, determinada en las instalaciones en que se efectúe la fiscalización".

" Como puede observarse de la simple lectura de la disposición, ésta sólo se refiere a los CONTRATOS de CONCESION, y a la relación Gobierno Concesionario, pues el mandato tiene como sujeto a " todo concesionario", lo que excluye la posibilidad de aplicar la norma a otros contratos como los de asociación (que no existían en 1961 y que son de naturaleza jurídica totalmente distinta), a las explotaciones directas de ECOPETROL. (que existían), o a las relaciones Nación- entidades territoriales.

"Deja también muy claro la norma que a voluntad del Gobierno el concesionario pagará " en especie o en dinero" la respectiva regalía. No cabe, pues, duda de que el Gobierno tiene una clara opción en cuanto a exigir el pago de las regalías en especie o en dinero.

" De la opción hace uso en el artículo 1° del Decreto 2734 de 1985.

" Respecto de los alcances del inciso 1° de la ley 10 de 1961, el Consejo de Estado emitió concepto el 21 de marzo de 1979 a través de su Sala de Consulta y Servicio Civil en los siguientes términos: (Rad. 12749 " Abolido el régimen de concesiones para la exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad nacional por el Decreto 2310, *el régimen de regalías establecido en los artículos 13 y 15 de la Ley 10 de 1961 no es aplicable a los contratos de asociacion,* para los cuales rige la estipulación contenida en el artículo 3° del Decreto Legislativo 2310 que dice: " En las explotaciones a cargo de la Empresa Colombiana de Petróleos, las regalías en favor de los departamentos, intendencias y comisarias, serán del 9 1/2% *del valor bruto de la producción,* y las de los municipios del 2 1/2% del mismo". Dentro del nuevo sistema, la ley no señaló regalías en favor de la Nación. Tan solo se concede participación a los departamentos, intendencias, comisarías y municipios.

" A juicio de la Sala, la exclusión de la Nación no se debe a simple descuido o inadvertencia del legislador. *Ella explica por la naturaleza misma de aquel tipo de contratos. Se entiende cabalmente que en el régimen de concesiones se hubiera establecido la regalía en favor de la Nación y se hubiere eliminado en el sistema de asociación.*

" Como ya se vió, la estipulación de regalías en favor de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios, es obligatoria en los contratos de asociación, de acuerdo con el artículo 3° del Decreto 2310, en los términos y proporciones que esta disposición establece.

" Pero nada se opone, a juicio de la Sala, a que dentro del sistema de asociación se establezca,por voluntad de las partes dueñas de la explotación, una regalía adicional en favor de la Nación. A ésta no le está prohibido aceptar ese tipo de participación en los provechos obtenidos en la explotación de yacimientos petrolíferos que a ella pertenecen. No se trata, en el caso previsto, de disminución del patrimonio público, sino todo lo contrario.

" Por tanto si en los contratos de asociación se cumple con la obligación legal de establecer las regalías que en favor de los departamentos, intendencias, comisarias y municipios establece la ley y además se acuerda regalía o participación en favor de la Nación a esta última puede darle el legislador la destinación que a bien tenga." (Subrayo).

" Queda perfectamente claro que no es posible aplicar a la relación surgida del contrato de asociación, de naturaleza jurídica totalmente distinta del de concesión, el artículo 13 de la ley 10 de 1961. Menos aún a la explotación hecha directamente por ECOPETROL, donde no hay ningún tipo de contrato con persona alguna para efectos de la explotación de yacimientos petrolíferos.

" De otro lado observese que el artículo se refiere a dos sujetos de derecho. El *"concesionario"* de un lado, y el *"gobierno"*, de otro, es decir, el Estado como organización jurídico-política de la Nación. No aparece allí en ninguna parte que este artículo se refiera a las relaciones entre el Estado-Nación y las entidades descentralizadas que son apenas divisiones territoriales de carácter administrativo del Estado, y como tales sus relaciones son de naturaleza jurídica y política totalmente distintas de las que surgen de un contrato de concesión entre un particular, siempre extranjero por añadidura, y la Nación.

" Como pueden el Decreto 545 de 1989, o el 716 del mismo año, o el 2734 de 1985, o la resolución 1211 de 1989, violar esta norma. Si (éste tiene como objeto de sus disposiciones las relaciones entre el Estado y las entidades territoriales en orden a liquidar en pesos las participaciones que con destino a estas últimas ECOPETROL recibe en especie?. Tanto menos cuanto que la Ley 10 no trae ningún mecanismo para liquidar las transferencias a los departamentos cuando haya de pagárseles en dinero, como sí lo trae para cuando el Gobierno resuelva hacer uso de la *opción* contemplada en el artículo 13 de la Ley 10 de 1961 para el pago de las regalías de la Nación. Hay allí un vacío no en la Ley 10 sino en los decretos leyes que se han ocupado del tema, vacío que viene a ser llenado de manera natural y obvia por los Decretos Reglamentarios señalados, con el objeto de darle aplicación práctica no a la ley 10 en su artículo 13 ó 14 ó 15, sino a los Decretos Leyes 2310 y 1246, ambos de 1974.

" El artículo 13 de la Ley 10 de 1961 establece como regalías a favor del Gobierno, según los yacimientos se encuentren el Este y Sureste de la Cordillera Oriental, o en cualquiera otra zona del territorio nacional, el once y medio por ciento (11 1/2%) y el catorce y medio por ciento (14 1/2%) " del valor bruto explotado. Es el monto establecido a favor del Gobierno, por concepto de regalía, como consecuencia de que el Estado es el propietario de los yacimientos petrolíferos explotados en concesión por particulares.

" La única previsión que trae la norma del artículo 13, supuestamente violado, es la de que cuando las regalías son exigidas en especie por el Gobierno, ellas " se pagarán por trimestre vencidos". No hay ninguna otra. De dónde podrá sacar la parte actora que cuando ECOPETROL recibe las regalías, para efecto de la transferencia a departamentos, intendencias, comisarias y municipios, se le aplica una supuesta norma consagrada en esta Ley 10, artículo 13, que por ninguna parte aparece? que es inexistente?. De otro lado, la referente a liquidar las regalías no se le aplica a la liquidación de las transferencias. Las regalías no se le pagan sino al Estado, dueño de los yacimientos. Y por más ejercicios jurídicos que se hagan no podrá desconocerse que hay una situación jurídica totalmente distinta en las dos relaciones (Concesionario-Gobierno Nacional, de un lado, y Estado-Entidades Territoriales, de otro), pues en la primera, la Nación, representada por el Gobierno, es la propietaria de los yacimientos que se explotan, y frente a ella está un particular, vinculado mediante un contrato; en tanto que en la segunda tenemos a una entidad territorial no dueña de yacimientos, y frente a ella, la Nación, a la cual le está política y jurídicamente subordinada, y cuya relación no tiene como causa un contrato, sino la Constitución y la ley. No se trata, pues, en las dos relaciones, de situaciones similares.

" El inciso 5º del tantas veces citado artículo 13 de la Ley 10 de 1961, trae un procedimiento para determinar el valor de las *regalías* a favor del *Gobierno* cuando dichas regalías " se exijan en dinero". Cómo pretender aplicar esta norma que vincula a concesionario y Gobierno, a las participaciones que actualmente los Decretos Leyes 1246 de 1974 y 2310 el mismo año contemplan para las entidades territoriales?. Ello no tiene fundamento ni lógico ni jurídico en las normas invocadas como violadas y menos aún puede tenerlo en la realidad, como lo explicaré más ampliamente en su momento. Todo es de meridiana claridad. Tomada por el " Gobierno" la vía de reclamar las regalías en especie, las previsiones de la ley para cuando se opte por reclamarlas en dinero no tienen posibilidad ni jurídica ni práctica de ponerse en acción. Es decir, que dada la decisión de optar por las regalías en especie, la norma que se quiere aplicar a la relación Nación-Departamentos, no es siquiera aplicable a la relación Concesionario-Gobierno. No se puede ser y no ser al mismo tiempo y bajo el mismo respecto.

" Desde otro punto de vista, vale la pena señalar que ECOPETROL es un intermediario que al recibir las regalías en especie, no puede sufrir ningún perjuicio económico al transferirlas en dinero. Si no cobra por el servicio que

presta, lo menos a que puede aspirar es a que la operación resulte *netura* para ella en términos económicos y financieros.

" De otro lado, como ya se anotó, no se puede confundir la relación contractual entre el Estado y un particular con la relación politico-jurídica de dependencias de departamentos, intendencias, comisarias y municipios respecto del Estado, tanto más cuanto que el nuestro es un Estado unitario y es en la Nación donde reside la soberanía y de ella emanan los poderes públicos, entre ellos el Congreso que expide las leyes. Sus relaciones están regidas por el principio de la centralización política y la descentralización administrativa. Por eso los derechos de departamentos, intendencias, comisarias y municipios referentes a sus participaciones petrolíferas se derivan de una decisión unilateral y soberana del Estado, no de una contraprestación. Esa es su verdadera causa: No de que los yacimientos estén en un determinado departamento, pues ellos son nacionales y no departamentales.

" El Estado Colombiano puede disponer de los bienes nacionales, si así lo decide el órgano competente al respecto, en este caso el Congreso de la República, libremente cuando establece el Decreto 1246/74, " por el cual se adoptan normas sobre participaciones en materia de hidrocarburos", en su artículo 1° que " las participaciones de los departamentos y municipios, en cuyos territorios se adelantan explotaciones petrolíferas por el sistema de concesión serán del 65% de las regalías, cánones o beneficios pagados al estado por dichas explotaciones, para los primeros y del 15% para los últimos". Esta es la norma vigente para efectos de liquidar las participaciones de las entidades territoriales en cuyo territorio se adelanten explotaciones *por el sistema de CONCESION.* Como puede observarse facilmente, la Ley 10 de 1961 establece el monto de *las regalías* a que tiene derecho el Estado frente al concesionario, y el Decreto 1246 de 1974, distribuye parte de esas regalías entre las entidades territoriales. Como veremos posteriormente, tratándose de explotaciones a cargo de ECOPETROL mediante contratos de asociación, las normas aplicables son el Decreto 2310 de 1974 y el artículo 98 de la ley 0075 de 1986 y no el parágrafo del artículo 1° del Decreto 1246 de 1974. El Decreto 2310 y la Ley 75 de 1986 son igualmente las normas aplicables cuando de explotación directa de ECOPETROL se trata.

" En resumen, el artículo 13 de la Ley 10 de 1961:

" 1) Sólo se aplica a los contratos de concesión, que sólo involucran al "Gobierno" y al concesionario.

" 2) Sólo cobija a los sujetos de la relación contractual, es decir, el Estado y el concesionario. Respecto de dicho contrato los departamentos, intendencias, comisarias y municipios, son terceros a quienes ni dichos contratos ni dicha norma alcanza.

" 3, Pretender que el artículo 13 se considere para liquidar las participaciones de los departamentos, y concretamente del Departamento del Huila, es pretender aplicarlo a un supuesto de hecho no previsto en la norma y radicalmente distinto del mismo.

" No existe pues, violación al artículo 13 del al (sic) ley 10 de 1961 por la norma acusada a asi pido que se diga en la sentencia.

" Desarrollo de los Decretos 1246 y 2310 de 1974. Deciamos que el Decreto 545 de 1985 se había dictado, como el mismo lo dice en desarrollo de los Decretos Leyes 1246 y 2310, ambos de 1974 y de la Ley 075 de 1986.

" Dicho Decreto 545 establece que las participaciones que le corresponden a las entidades territoriales en las regalías de la Nación "se liquidarán tomando como precio básico *el valor bruto de la producción.* (subrayado).

" El Decreto 2310 de 1974 señala en su artículo 3° que en las explotaciones a cargo de la Empresa Colombiana de Petroleos las participaciones en favor de las entidades territoriales " será del nueve y medio por ciento 9 -1/2%) *del valor brutal de la producción* y la de los municipios del dos y medio por ciento (2- 1/2%) del mismo". (subrayado).

" El Decreto 1246 también de 1974, prevee en su artículo lo que " las participaciones de los departamentos y municipios, en cuyos respectivos territorios se adelanten explotaciones petrolíferas por el sistema de concesión, será del sesenta y cinco por ciento 65%) de las regalías, cánones o beneficios pagados al Estado por dichas explotaciones para los primeros, y del quince por ciento (15%), para los últimos".

" Como ya ha sido señalado, las regalías pagadas al Estado son, en estos contratos de concesión, el once y medio por ciento (11 1/2%) y del catorce y medio por ciento (14 1/2%) *"del producto bruto explotado"*. Es decir, que en las explotaciones por el sistema de concesión, las particiones territoriales serán del sesenta y cinco por ciento (65%) y quince por ciento (15%) del *"producto bruto explotado"*. " El producto bruto explotado" no puede ser diferente del " valor bruto de la producción".

" Por lo menos en la demanda no se acompaña prueba de ninguna diferencia, como tampoco se solicita ninguna con miras a ese objetivo. Si ello es así, no se ve cómo el Decreto 545 de 1989 al prever que " las participaciones" se liquidarán con base en el " valor bruto de la producción" esté violando los decretos leyes vigentes sobre la materia.

" Ni el Decreto 2310 de 1974, ni el 1246 del mismo año, preven la manera de liquidar en dinero las participaciones que la Nación transfiere a las entidades territoriales a través de ECOPETROL, la cual las recibe, en sus tanques y depósitos, en especie. No hay norma en la legislación colombiana que se ocupe

de ese punto. Y es obvio que para darle desarrollo práctico tanto al Decreto 1246 como al 2310, es indispensable implementar un procedimiento que conduzca a la determinación del " valor bruto de la producción" o " producto bruto explotado".

" Ese vacío es llenado por el Decreto 545 en el inciso 2° y siguientes del artículo 1°. En ninguna parte de la demanda se cuestiona este procedimiento como inadecuado técnica o jurídicamente para determinar el "valor bruto de la producción".

" Dicho inciso 2° dice en la parte pertinente:

" El precio básico será igual al precio promedio ponderado que resulte de tener en cuenta el porcentaje de crudos que se exporten y el que se refine en el país. En el primer caso, es decir, en el de crudos que se exporten, se tendrá como precio de referencia el precio internacional afectado por un factor de calidad menos los costos de transporte y trasiego a que hubiere lugar desde el campo de producción hasta el puerto de embarque. En el segundo caso, o sea el de petróleo que va a la refinación interna, el precio de referencia es el del valor de la canasta de los derivados del petróleo afectado por un factor de calidad del crudo, menos los costos de refinación, transporte y trasiego de los productos a los centros de abasto o puerto de exportación, menos los costos de transporte del crudo a las refinerías..".

" La norma transcrita hace una diferencia fundamental entre el crudo de exportación y el crudo destinado a la refinación interna a objeto de determinar su precio básico o sea " el valor bruto de la producción", pues evidentemente no valen lo mismo, ya que el uno - el de exportación- está sujeto a las leyes internacionales de la oferta y la demanda, en tanto que el otro, está sometido en el país al control de precio, a través del control de precio de sus derivados. Es una realidad incontrovertible, que no es posible ignorar, la de que, dado *el control de precios de los derivados del petróleo en Colombia,* el crudo para el consumo Nacional no tiene el mismo valor que el crudo sujeto a la ley del mercado en el exterior. Si no se tuviera en cuenta esta circunstancia, como lo pretende la demanda, estaríamos, para efectos de liquidar las participaciones, haciendo caso omiso de una realidad tan grande como una catedral: la de que la gasolina, el kerosene, los aceites, tienen un precio en Colombia intervenido por el Gobierno, y en consecuencia diferente del que surgiría del libre juego de las leyes del mercado. ¿Qué interpretación de las normas podría prescindir de esta realidad?. Es bien sabido que la realidad permea la norma e influye decisivamente en su interpretación.

" Se parte, pues, en el Decreto, de realidades distintas: en el crudo de exportación se toma como término de referencia el precio internacional y se inicia un proceso de deducciones con miras a determinar el "valor bruto de producción", o lo que es lo mismo, el valor del crudo en boca de pozo. Para ello, al petróleo de exportación, o mejor a su precio en puerto de embarque, se le

aplica un factor de calidad, porque todos los crudos no tienen la misma calidad, y como hay un costo de transporte y eventualmente de trasiego entre el puerto de embarque y el campo de producción, dicho costo de transporte también se resta del precio internacional. Tenemos, pues: precio internacional del crudo en el puerto de embarque X factor de calidad (FC 1) - costo de transporte y trasiego= valor bruto de producción.

" Pero no hay, ni puerto de embarque *ni precio internacional* para el crudo que se destina a la refinación interna. Mal puede partirse, pues, de ellos para determinar su precio en boca de pozo o sea su " valor bruto de producción". Para seguir un proceso semejante observar que ni la Legislación actual, ni las conveniencias nacionales permiten que ECOPETROL entregue en especie a departamentos y municipios las regalías.

" Interpretar la legislación en forma que conduzca a semejante resultado, contraría las normas sobre hermenéutica jurídica, las cuales impiden interpretar la ley de forma que conduzca a resultados absurdos. Y para ECOPETROL entregar a precios internacionales lo que recibe a precios nacionales controlados es perfectamente absurdo. Pues bien, a eso conducen las pretensiones de la demandante, y su manera de interpretar las normas.

" Es de absoluta evidencia que el Decreto 545 no viola ni pretende violar el artículo 13 de la Ley 10 de 1961.

" Menos aún puede violar el Decreto 1246 de 1974 cuando no hace más que desarrollar un procedimiento para encontrar el " valor bruto de producción", valor sobre el cual debe aplicarse el porcentaje que las leyes establecen como participación de las entidades territoriales en las regalías de la Nación. Sirve igualmente de soporte al Decreto 545 el Decreto Ley 2310 de 1974, cuyas normas desarrolla y cuyo artículo 3° consagra los porcentajes de participación de las entidades territoriales cuando ECOPETROL realiza la explotación, sola o asociada. En otros términos, dicho Decreto no hace más que desarrollar los preceptos de los Decretos Leyes señalados.

" Sobre los alcances de la potestad reglamentaria del Gobierno valga la siguiente jurisprudencia del Consejo de Estado dictada el 23 de noviembre de 1984 y de la cual fue ponente el Dr. Samuel Buitrago Hurtado (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera): "El Consejo de Estado siempre ha estimado con fundamento en el estatuto constitucional, que la potestad reglamentaria es la atribución que tiene el Gobierno para expedir normas generales, impersonales y abstractas, a fin de que las leyes tengan su debido cumplimiento. Esa potestad es de la esencia misma de la función administrativa, puesto que sin ella no podría encontrar desarrollos en la práctica.

" El reglamento emana de la naturaleza misma de las cosas, dice Hauriou. Y ciertamente, es imposible que la ley contemple o contenga todos los requisitos o reglas en detallle que son indispensables para su debida aplicación. No es

posible que la ley tome en consideración los diversos casos particulares que se pueden prever en determinada materia; ese sería el casuismo legal indicativo realmente de una falta de técnica legislativa, como lo ha dicho el Consejo en no pocas ocasiones. Consecuencialmente, la función de hacer operante la norma legal en cuanto a ciertos aspectos y detalles, la cumple el reglamento. La ley sienta los principios generales y el decreto reglamentario los desenvuelve en todos sus pormenores. Obviamente que el Gobierno, so pretexto del ejercicio de la potestad reglamentaria mal puede ampliar o restringir el sentido mismo de la ley que reglamenta dictando disposiciones nuevas o suprimiendo las contenidas en la misma, puesto que ello ya no sería reglamentar sino legislar, como también lo ha sostenido en innúmeras ocasiones esta Corporación.

" Ahora bien, *el Gobierno en su labor reglamentaria, puede y debe desarrollar tanto lo que está expuesto en la ley como lo que va implícito en ella,* en condiciones tales que el reglamento no debe acomodarse exclusivamente a la expresión literal de la norma, puesto que si esa apenas fuera su función, implicaría una simple reproducción de ella. *Por consiguiente es necesario, como lo ha explicado el Consejo de Estado, que el Gobierno al hacer uso de la potestad reglamentaria desentrañe el contenido implícito, el sentido mismo, la finalidad específica de la ley que reglamenta actuando con cierta desenvoltura y agilidad,* lógicamente que teniendo siempre en cuenta la prohibición de no rebasar ni la letra, ni la intención, ni la materia intrínseca, ni los mismos fines de élla. Es indudable, se ha dicho, que una simple copia literal de la ley que se reglamenta es la negación misma de la facultad reglamentaria y su utilidad práctica también sería totalmente negativa.

" No viola pues, ninguna Ley el Decreto 545.

" Por todas las razones anteriormente expuestas, de la manera más respetuosa solicito al Honorable Consejo de Estado declarar que el Decreto 545 de 1989 se ajusta en todas sus partes a la Ley.". (fls. 31 - 44 Cdno N° 1 proceso 5731).

- III -

CONDUCTA PROCESAL DEL APODERADO DE LA NACION-MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA.

A folios 45 y siguientes del cuaderno N° 1, expediente N° 5731, 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, documento que, dada su extensión, sólo se transcribe en la parte que se presenta como un resumen de apreciaciones. Allí se destaca:

" 1. No obra en la Ley 10 de 1961 procedimiento alguno, mucho menos expreso y detallado, que el Gobierno deba acoger para fijar el precio del petróleo que los concesionarios entregan como regalías en especie.

" 2. Al no existir en la ley ese procedimiento, tampoco puede afirmarse que es el mismo que sí se consagra para liquidar las regalías en dinero.

" 3. El Decreto reglamentario 2734 de 1985 cumple su función de procurar la debida ejecución de la ley, y su obligatoriedad o validez no puede hacerse depender de que aplique unos factores de precio del petróleo que no obligan al Gobierno.
" 4. No es el Decreto 444 de 1967 (Estatuto Cambiario), el que se tomó como fundamento de competencia para que el Ministerio de Minas y Energía señale los precios del petróleo constitutivo de regalía en especie. Por lo tanto, no tiene objeto refutar la afirmación de que el Estatuto Cambiario no le otorga facultad alguna al Ministerio para ese efecto.

" 6. En el mismo sentido del punto anterior, una cosa es la facultad del Ministerio de Minas y Energía para señalar los precios correspondientes al petróleo que los explotadores deben vender al país para refinación interna, y otra bien diferente es el señalamiento del precio del petróleo que se recibe como regalía, para deducir el monto de la participación de las entidades territoriales en el valor de esa regalía. La primera se halla en el Estatuto Cambiario y la última en el Decreto 2734 de 1985, e inclusive en el Decreto Ley 149 de 1976, reiterado en la Ley 81 de 1988.

" 7. Es cierto que a la Comisión de Precios del Ministerio de Minas y Energía, según el Decreto 444 de 1967, le está expresamente prohibido modificar " el sistema vigente de precios cotizados o de lista para la liquidación de las regalías". Pero también es indiscutible que esa prohibición se refiere únicamente a los precios que el concesionario debe tener en cuenta para liquidar y pagar las regalías en dinero. No para que el Gobierno pague las participaciones correspondientes a las entidades territoriales.

" 8. Si la prohibición de que trata el punto anterior no rige para fijar el valor del petróleo que se recibe como regalía en especie, no opera el calificativo de nulidad de las resoluciones que dicta el Ministerio, con base en que no tiene competencia para expedirlas.

" 9. Ni el Decreto Reglamentario 2734 de 1985, ni el Decreto 545 de 1989, hoy cuestionado, están ejerciendo acto dispositivo alguno sobre bienes o rentas de los Departamentos. En efecto, ninguna de esas providencias disminuye los porcentajes que se toman del valor bruto de la producción, como dispone la ley, para cancelar a las entidades territoriales su participación en la regalía.

" 10. Si los contratos de asociación tienen su propio régimen legal que establece la forma, términos, cuantía y destinatarios de las regalías y participaciones (Decretos Leyes 1246 y 2310 de 1974 y Ley 75 de 1986), resulta inncesario, amén de improcedente, pretender que los contratos de asociación se encuentra incorporada la Ley 10 de 1961 - estatuto de las concesiones-, precisamente para liquidación y pago de regalías.

" 11. Si en los contratos de asociación la regalía siempre se pacta y se entrega en especie, no tiene objeto aplicar en tal sistema el procedimiento de precios " cotizados o de lista" para fijar el valor del petróleo que por tal razón se recibe.
" Reiteramos algunos apartes de las contestaciones de las demandas:

" La única y exclusiva finalidad de este Decreto 545 de 1989, es reglamentar una fórmula sana para unificar y conocer realmente el valor definitivo del petróleo en boca de pozo ya que anteriormente el mencionado precio era fijado por resolución ministerial tales como: 1108, 1117, 1331, 1332, de 1985 y 2063 de 1986, las cuales anexé a las contestaciones de las demandas, dictadas por facultades conferidas por la ley 1 de 1984, Decreto 2734 de 1985 y Ley 81 de 1988. Cabe además reiterar que no ha sido explana la función administrativa del ministerio de Minas y Energía en la función de fijar o de actuar en la fijación de precios, pues vale la pena observar como el Decreto 149 de 1976 dictado en uso de las facultades extraordinarias conferidas por la ley 28 de 1974 también se pronuncia sobre la materia en los siguientes términos:

" Artículo 2. El establecimiento de la política de precios, su aplicación así como la fijación por medio de resolución, de los bienes y servicios sometidos a control, corresponde a las siguientes entidades..."

"c) Al Ministerio de Minas y Energía para petróleo y sus derivados, carbón y demás productos mineros...:"
" Ahora bien, con el tan mencionado Decreto 545 de 1989 se buscó por medio de operaciones aritméticas para determinar con precisión el valor exacto de ese petróleo, desarrollando nuestras normas sustanciales y como indudablemente la columna vertebral del Decreto 545 de 1989, es la fórmula estipulada la cual no fue ni siquiera esbozada por los demandantes y que enunciamos paso a paso, en las contestaciones de las demandadas.

" En primer lugar sabemos que los crudos en Colombia, como en todas partes del mundo, tienen dos destinaciones y de acuerdo con ellos se obtienen diferentes utilidades económicas, que son las que determinan el valor real del petróleo crudo en boca de pozo.

" Así Honorables Consejeros de Estado, vemos a las claras que en ningún momento se están descontando a las regalías los costos de transporte, trasiego o refinación. Se utilizan factores para encontrar el precio real del producto bruto explotado en boca de pozo.

" Tan positivo será el Decreto 545 de 1989, que en el año de 1988 se pagaron por regalías 53 mil millones de pesos y en el primer semestre del presente año la cifra fue cercana a los 46 mil millones, lo que significa que en el año de 1989 las regalías crecieron en un 106% respecto a 1988, como consecuencia del nuevo sistema de liquidación y no como alegremente lo manifiestan los demandantes que de esta operación las regalías, resulten pírricas e irrisorias o negativas.

" Tan sabio será el Decreto 545 de 1989 que además en su artículo tercero previó: " Si de la aplicación de la fórmula descrita en el artículo primero resultare un precio menor al dia del 31 de diciembre de 1988 se tomará este último".

" Supongamos Honorables Consejeros que se hubiere aceptado la figura de la Suspensión Provisional solicitada por uno de los demandantes. El perjuicio hubiera sido notable para todas las entidades territoriales, porque habría tenido que recurrirse a las resoluciones anteriores para liquidar las regalías.

"Por todas estas razones concluímos que no puede hablarse de lesión económica supuestamente causadas las entidades territoriales con base en el Decreto 545 de 1989 calificado por los demandantes como inconstitucional e ilegal, por el presunto desconocimiento del régimen jurídico regulador de los contratos de concesión, asociación y operación directa de Ecopetrol. Todo lo expuesto en este escrito apunta a demostrar claramente como el proceder administrativo se ha ceñido a la Constitución Nacional y a las leyes que de manera específica gobiernan sus actividades.

"Para desvirtuar aún más en todas sus partes las pretensiones de los demandantes, reiteramos el análisis de la Ley 1ª de 1984 " Por la cual se reforma la Escritura Administrativa el Ministerio de Minas y Energía y se determinan las funciones de sus dependencias", es clara al conferir todas las facultades al Ministerio de Minas y Energía para llevar a cabo la política petrolera en todos sus campos y los Decretos 2734 de 1985 y 545 de 1989, hoy impugnado , son sólo desarrollo reglamentario de todas las normas mencionadas para procurar la debida ejecución de la ley, sin violar en ningún momento las normas vigentes y mucho menos como lo pretenden hacer creer los demandantes violatorio de las facultades conferidas por nuestra Constitución Nacional Art. 120 ordinal 3, al Presidente de la República de Colombia, y, menos que están en detrimento de las Entidades territoriales.

" Supongamos Honorables Consejeros, que se anule el Decreto 545 de 1989 hoy en tela de juicio. El perjuicio será incalculable para todos los departamentos, Intendencias, Comisarias y Municipios del país, pues tocaría volver al sistema anterior de liquidación de las participaciones, de esos entes territoriales.

" Por todas estas razones concluimos que no puede hablarse como lo califican los demandantes de inconstitucionalidad e ilegalidad, por el presunto desconocimiento del régimen jurídico. Todo lo expuesto en este escrito y en las contestaciones de las demandas, apunta a demostrar claramente una vez más, como el proceder administrativo se ha ceñido a la Constitución Nacional y a las leyes, que de manera específica gobiernan sus actividades. Por todas estas razones, con el mayor respeto, solicito a los Honorables Consejeros de Estado, se declare la LEGALIDAD del Decreto 545 del 15 de marzo de 1989, " por el cual se reglamentan parcialmente los Decretos 1246 y 2310 de 1974 y la Ley 75 de 1986."

- IV -

VISTA FISCAL

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

"El sistema establecido en el Art. 13 de la Ley 10 de 1961 para el caso de que el Gobierno exija el pago en dinero de las regalías desapareció del ordenamiento legal por expresa disposición del Decreto 2735 de 1985 cuando el Gobierno optó en forma general porque los pagos de regalías se hicieran en especie. Desde este punto de vista la invocación del Art. 13 de la Ley 10 de 1961 debe entenderse referida siempre a los pagos en especie que deben realizar los concesionarios.

" De otra parte como las normas que se refieren a participaciones a que tienen derecho los entes territoriales utilizan expresiones tales como " valor de la producción" o similares, pero no precisan el significado de tales términos es viable jurídicamente precisarlo mediante decreto reglamentario, en ejercicio,,por lo tanto, de las atribuciones de que trata el Art. 120-3 de la C.N., sin tener que acudir a lo previsto por el Art. 121 o 122 de la C.N.

" En reiteradas ocasiones el Consejo de Estado ha sostenido en materia de potestad reglamentaria que ésta radica en cabeza del Presidente de la República caracterizándose porque no se agota con su ejercicio y porque, en términos generales, es facultativo de su titular, definir cuáles son y con qué nivel de detalle, las normas de la Ley que requieren reglamentación, agrega la misma jurisprudencia, que si en un decreto reglamentario no se desarrollan disposiciones de la norma reglamentaria, ellas no desaparecen del ámbito jurídico pues su no reglamentación debe tomarse como consecuencia de la utilización por parte del Presid ente de la República de su facultad discrecional de determinar, al ejercer la potestad reglamentaria, qué disposiciones requieren desarrollo o conviene reglamentar. (Extractos de Jurisprudencia, Consejo de Estado, abril a junio de 1989, pág. 469).

" Ahora bien del análisis del Artículo acusado la Fiscalía no deduce que el texto mismo sea violatorio de normas superiores: se limita a establecer de la manera más exacta posible el valor de la producción mediante la fórmula que allí se plasma y los factores que aparecen para los efectos anotados no pueden considerarse como elementos que muestran infracción alguna de normas superiores.

" En este orden de ideas la Fiscalía concluye que los cargos deben ser despachados en forma desfavorable.

" Expediente 5731

" La parte actora en el presente negocio expone que mediante la norma acusada se desbordó la potestad reglamentaria porque se adoptan disposiciones que reforman el Código de Petroleos en sus Arts. 39 a 42, el Art. 13 de 1961 y 95 de la Ley 75 de 1986 y los decretos 1246 y 2310 de 1974 y 2734 de 1985.

" La violación consiste según el libelista en que el decreto acusado incluye la deducción de los costos de refinación adicionales a los de transporte y trasiego, toma como valor la referencia el de la canasta de los productos derivados del petróleo que incluyen costos y que, por lo mismo, disminuyen la participación de los entes territoriales a cifras irrisorias.

" De otra parte, agrega, no dice cuáles de los Artículos de los decretos 1246 y 2310 de 1974 y de la Ley 75 de 1986 son los que reglamenta pero, en cambio los viola flagrantemente y no precisa cuáles normas deroga expresa o tácitamente. " Por último, explica, que la disposición cuestionada invade el campo legislativo por lo que infringe el Art. 76 de la C.N.

" Respecto de los anteriores planteamientos la Fiscalía debe remitirse a las consideraciones hechas al estudiar los cargos planteados en la demanda anterior, y que también figuran en la que ahora se estudia, y que, por las mismas razones, deben ser despachados desfavorablemente.

" Ahora bien, en relación con la argumentación según la cual la fórmula matemática, prevista en el decreto 545 de 1989 en el Art. 1°., acusado, disminuye la participación de los entes territoriales la Fiscalía debe precisar que en el expediente no aparece prueba de tal afirmación y, en cambio, en el Art. 3° del mencionado decreto se prevé que si de la aplicación de la fórmula resulta un precio menor al de 1988 de tomará éste último con lo cual se evita la posible disminución.

" Respecto a la violación del Art. 76 de la C.N., la Fiscalía observa que al ser procedente la expedición de un decreto reglamentario para establecer el valor de la producción, como se dejó aclarado cuando se estudio la demanda anterior, no puede hablarse de usurpación de funciones legislativas por este aspecto.

" De lo anterior se deduce que los cargos propuestos de la demanda deben recibir despacho desfavorable.

"CONCLUSION
" Por lo expuesto la Fiscalía considera que las peticiones de las dos demandas acumuladas deben ser denegadas.". (fls. 77-79 c 1. Exp. 5731).

- V -
CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) Para la mejor comprensión jurídica del universo que tiene el presente conflicto legal, se impone recordar:

PRIMERO: Que la ley 10 de 1961, artículo 13, se dispuso:

" Artículo 13. Todo concesionario de exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional, pagará al Gobierno la siguiente participación, en especie o en dinero, a voluntad del Gobierno, en el campo de producción, determinada en las instalaciones en que se efectúe la fiscalización.

" Zonas situadas al Este y Sureste de la cima de la Cordillera Oriental, once y medio por ciento (11 1/2%), del producto bruto explotado.

" Zonas en el resto del territorio nacional, incluyendo las aguas marítimas territoriales, catorce y medio por ciento (14 1/2%), del producto bruto explotado.

" Cuando las participaciones se exijan en especie, se pagarán por trimestres vencidos.

" *cuando las participaciones se exijan en dinero, se pagarán mensualmente en dólares* o en moneda legal colombiana a opción del Gobierno, sobre la base del precio medio del petróleo crudo respectivo en el puerto de embarque. De este precio medio se deducirá el costo del transporte entre dicho puerto de embarque y el campo de producción de conformidad con las tarifas de transporte por oleoducto, incluyendo trasiego si fuere el caso, fijadas de acuerdo con los artículos 56 y 57 del Código de Petróleos; si se utilizare otro medio de transporte del crudo, el Gobierno fijará la correspondiente tarifa de común acuerdo con el concesionario.

" La determinación del precio medio del crudo en el puerto de embarque se hará con base en normas internacionales y valores de crudo semejantes en puertos que puedan abastecer el mercado en condiciones similares.

" Parágrafo. Las concesiones situadas al Este y Sureste de la cima de la Cordillera Oriental que entren en explotación comercial antes del 31 de diciembre de 1970, pagarán al Estado, durante los primeros diez años del período de explotación, una participación del siete por ciento (7%) del producto bruto explotado, liquidada en la forma prevista por este artículo.". (C, de Petróleos y Recopilación de las normas que lo adicionan. pág. 118). (Subrayas de la Sala).

SEGUNDO: Que en el Decreto N° 1246 de 28 de junio de 1974, por medio del cual se adoptan normas sobre participaciones en materia de hidrocarburos, dictado por el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió la ley 57 de 1973, en su artículo 1°., se preceptúa:

" Artículo 1°. Las participaciones de los departamentos y municipios en cuyos respectivos territorios se adelanten explotaciones petrolíferas por el sistema de concesión, serán del sesenta y cinco por ciento (65%) de las regalías, cánones

o beneficios pagados al Estado por dichas explotaciones, para los primeros, y del quince por ciento (15%), para los últimos.

" Parágrafo: En las explotaciones a cargo de la Empresa Colombiana de Petróleos, las regalías en favor de los departamentos serán del nueve y medio por ciento (9 1//2%) del valor bruto de la producción en la región occidental del país y del siete y medio por ciento (7 1/2%) en la región oriental.". (Obra citada, pág. 215.),.

TERCERO: Que por medio de Decreto 2310 de octubre 28 de 1974, se eliminó el régimen de CONCESIONES y se elevó al 2 1/2% las regalías en favor de los Municipios. En los artículos primero y tercero del mismo, se dispuso:

" Artículo 1°. Con excepción de los contratos de concesión vigentes en la fecha de expedición del presente Decreto, la exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad nacional, estará a cargo de la Empresa Colombiana de Petróleos, la cual podrá llevar a efecto dichas actividades, directamente o por medio de *contratos de asociación,* operación, de servicios o de cualquier otra naturaleza, distintos de los de concesión, celebrados con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras.

" Los contratos que celebre la empresa en virtud de lo dispuesto en este artículo, requerirán para su validez ser aprobados mediante resolución del Ministerio de Minas y Energía." (Subrayas de Sala).

" Artículo 3°. En las explotaciones a cargo de la Empresa Colombiana de Petróleos, las regalías en favor de los departamentos, intendencias y comisarias, serán del nueve y medio por ciento (9 1/2%) del valor bruto de la producción y las de los municipios del dos y medio por ciento (2 1/2%) del mismo.". (Obra citada, pág. 222).

CUARTO. Que por medio del Decreto N° 2734 de 23 de septiembre de 1985, se reglamentaron parcialmente la Ley 10 de 1961 y el Decreto N° 1246 de 1974 y se dispuso:

" Artículo 1°. En desarrollo del preceptuado por los artículos 3° del Código de Petróleos y 13 de la Ley 10 de 1961, los concesionarios de exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional deberán entregar en especie a la Empresa Colombiana de Petróleos, las regalías de la Nación y las participaciones que correspondan a los departamentos, intendencias, comisarias y municipios.

" Artículo 2°. Dentro de los diez (10) días siguientes a la respectiva liquidación mensual, Ecopetrol transferirá al Tesorero Nacional, Departamental, Intendecial, Comisarial o Municipal, según el caso, *el valor en moneda legal de las regalías y participaciones recibidas, de acuerdo con los precios de liquidación fijados mediante resolución del Ministerio de Minas y Energía.*

" Artículo 3°. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación.". (Obra citada. pág 302 - 303). (Subrayas de la Sala).

QUINTO. Que en el artículo 3°., literal 1) de la ley 1ª de 1984, se facultó al Ministerio de Minas y Energía, para:

" Adoptar la política de precios de los derivados del petróleo y del natural en refinería o en planta y los de distribución al por mayor y al consumidor, y fijar los precios de tales productos, de conformidad con las normas vigentes.".

B) A la luz de la normatividad anterior, y de la que sea valorar a lo largo de esta providencia, la Sala procede a desatar el presente conflicto jurídico, anticipado, sí, que las demandas no tienen vocación de prosperidad, por las siguientes razones:

1a) En el caso *sub-exámine* no cabe predicar que con la expedición del Decreto 0545 de 15 de marzo de 1989 se hayan violado disposiciones de carácter legislativo, que reforman el Código de Petróleos y las leyes 10 del 1961, en sus artículos 13 y 75 y los Decretos con fuerza de ley N° 2310 de 1974, art. 3°., y el N° 2734 de 1985, pues no es de recibo la perspectiva jurídica que lleva a concluír que se haya reformado el sistema y el procedimiento ya fijado por los artículos 39, 40, 41, 42 y 43 del Código de Petróleos. Y se afirma lo anterior, porque el artículo 13 de la citada ley tiene un ámbito de aplicación muy preciso, pues se limita a definir las obligaciones de los CONCESIONARIOS de exploración y explotación de petróleo de propiedad nacional, al establecer que deben pagar al Gobierno, en ESPECIE O EN DINERO;a voluntad de este; las regalías que allí se indican: En el inciso quinto del citado artículo se agrega que cuando las participaciones se exijan en dinero, se pagarán mensualmente en dólares, o en moneda legal colombiana a opción del Gobierno, sobre la base del precio medio del petróleo crudo respectivo en el puerto de embarque. Como se puede apreciar, en parte alguna de la ley se ordena que esta forma de fijar el precio se aplique a las relaciones que por la ley existen entre la NACION y los ENTES TERRITORIALES para pagarles la PARTICIPACION, que no regalías, a que tienen derecho.

2a) tampoco cabe predicar que el decreto reglamentario acusado viole el Decreto 2310 de 28 de octubre de 1974, porque a través de éste el Presidente de la República, en uso de las facultades que le confería el artículo 122 de la Constitución Nacional, y en desarrollo del Decreto 1970 de 1974, abolió el régimen de CONCESIONES en materia de HIDROCARBUROS, para darle entrada a la exploración y explotación directa, por parte de Ecopetrol y a los CONTRATOS DE ASOCIACION, OPERACION DE SERVICIOS O DE CUALQUIER OTRA NATURALEZA, consagrando en el artículo 3° del mismo el porcentaje de las regalías en favor de los departamentos, intendencias y comisarias. Sinembargo, aquí tampoco se fijó el procedimiento para liquidar el precio del petróleo crudo para establecer el monto de las PARTICIPACIONES de los entes territoriales. En este momento del discurso parece conveniente recordar que mediante el Decreto N° 2734 de 1985 se dispuso que los CONCESIONARIOS DE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE PETROLEOS de propiedad nacional debían entregar en

especie a la Empresa Colombiana de Petróleos, las regalías de la Nación y las participaciones que correspondan a los entes territoriales, pero sin señalar tampoco el procedimiento para liquidar el precio del petróleo crudo para pagar a estos últimos.

C) A la luz de la realidad jurídica que se deja expuesta, la Sala encuentra de recibo la argumentación que el mandatario judicial de Ecopetrol hace, cuando se ocupa de la valoración jurídica del artículo 13 de la ley 10 de 1961, para predicar:

> " el inciso 5 del tantas veces citado artículo 13 de la ley 10 de 1961, trae un procedimiento para determinar el valor de las *regalías* a favor del *Gobierno* cuando dichas regalías " se exijan en dinero". Cómo pretender aplicar esta norma que vincula a concesionario y Gobierno, a las participaciones que actualmente los Decretos Leyes 1246 de 1974 y 2310 del mismo año contemplan. para las entidades territoriales?. Ello no tiene fundamento ni lógico ni jurídico en las normas invocadas como violadas y menos aún puede tenerlo en la realidad... Todo es de meridiana claridad. Tomada por el " Gobierno" la vía de reclamar las regalías en especie, las previsiones de la ley para cuando se opte por reclamarlas en dinero no tienen posibilidad ni jurídica ni práctica de ponerse en acción. Es decir, que dada la decisión de optar por las regalías en especie, la norma que se quiere aplicar a la relación Nación-Departamentos, no es siquiera aplicable a la relación Concesionario-Gobierno. No se puede ser y no ser al mismo tiempo y bajo el mismo respecto" (C 1, fol. 36 y ss.ss.).

Para el sentenciador no es posible aplicar, al caso en comento, el aforismo *"Ubi aedem ratio, ibi, edem legis dispositio"*, porque en puridad de verdad la realidad fáctica que se maneja es distinta. Una es la relación ESTADO-CONCESIONARIOS etc, y otra muy diferente ESTADO - ENTES TERRITORIALES.

D) No encuentra tampoco la Sala que el Decreto reglamentario, tantas veces citado, viole los artículos 39, 40, 41, 42 y 43 del Código de Petróleos por las mismas razones ya expuestas, pues esta normatividad regula todo lo relacionado con la regalías que los CONCESIONARIOS deben pagar al Gobierno y en parte alguna se ocupa de fijar el procedimiento para liquidar el precio del petróleo crudo con el fin de pagar las PARTICIPACIONES.

Aunque en tales disposiciones el legislador utiliza indistintamente los conceptos *"REGALIAS" y "PARTICIPACIONES"*, la sala tiene la cabal comprensión del universo estricto y jurídico de cada uno de ellos, pues la primera es el derecho que corresponde el Estado en la explotación de los recursos petrolíferos de su propiedad y la segunda, es la cesión que éste hace a los ENTES TERRITORIALES, en cuyas áreas se encuentran los yacimientos que son explotados, distinción que el apoderado del Ministerio de Minas y Energía hace con especial claridad y que la Sala hace suya.

La circunstancia de que en la ley 10 de 1961 el legislador hubiese utilizado una terminología inadecuada, no le hace perder el real temperamento a cada uno de

ellos. Por algo se enseña que la tarea del jurista no es observar fenómenos, como lo hace el investigador de una ciencia empírica, ni verificar a través de la experiencia la verdad de las proporciones normativas, pues éstas, como lo recuerda muy bien Norberto Bobbio, "...son reglas de un comportamiento futuro y nó representaciones de un acontecimiento producido..." y, por los mismo, " ...no tiene una verdad empírica sino puramente ideal, es decir, su verdad no consiste en su verificabilidad sino en la correspondencia con ciertos principios éticos acogidos como criterios regulativos de las acciones en una determinada sociedad". (Contribución a la Teoría del Derecho, pág. 186 y ss.ss.).

El legislador colombiano, con inusitada frecuencia, es caótico en el manejo de los conceptos jurídicos que se recogen en las leyes. Esta verdad hace particularmente difícil la tarea del juez, que a cada paso tiene que hacer esfuerzos interpretativos para tratar de desentrañar el real alcance de los mismos. Esta realidad lleva al filósofo y jurista ya citado, a enseñar:

> "a) El lenguaje del legislador no es necesariamente riguroso: la primera tarea del jurista es hacerlo más riguroso; b) el lenguaje del legislador no es necesariamente completo: la segunda tarea del jurista es completarlo lo más posible; c) el lenguaje del legislador no está necesariamente ordenado: la tercera tarea del jurista es reducirlo a sistema. La primera fase es de *purificación,* la segunda de *integración* y la tercera de *ordenación,* del lenguaje jurídico". (Obra citada, pág. 188).

Si se ha razonado judicialmente sobre la anterior problemática, es porque el demandante, bajo el rubro "CONCEPTO DE LA VIOLACION", siembra el camino de dudas al hablar "...las REGALIAS PETROLIFERAS a que tienen derecho la Nación y sus Entidades Territoriales por ser propietarias del subsuelo petrolífero...", (c.1, fol. 8, Exped. 5731), con olvido de que en puridad de verdad éstos últimos no tiene derecho de propiedad sobre éste.

E) La Sala vivencia, el alcance de las Resoluciones Nos. 001108 de 25 de septiembre de 1985; 1117 de 25 de septiembre de 1985; 001331 de 18 de noviembre de 1985 y 001332 de 13 de noviembre de 1985, que con anterioridad a la expedición del Decreto 0545 de 1989, el Ministerio de Minas y Energía venía fijando el precio del petróleo crudo para efectos de la liquidación y pago de las regalías correspondientes a los departamentos y municipios, con apoyo en lo dispuesto en la ley 1a. de 1984. Aunque resulta bien cuestionable el haber procedido así, pues tal estatuto sólo parece facultar para adoptar la política de precios de los derivados del petróleo y del gas natural, y *para determinar de acuerdo con la Comisión de Precios del Petróleo,* los volúmenes de producción que los explotadores de hidrocarburos deben destinar a la refinación en el país y su forma de pago, LOS PRECIOS DE VENTA, y los que correspondan, para los efectos cambiarios y fiscales, a los hidrocarburos de exportación y sus derivados, y los valores que hayan de reintegrarse cuando la producción no se procese en el territorio nacional en las correspondientes proporciones, la observación sólo se orienta a destacar aún más la necesidad de que sobre el tema que demande la

atención de la sala, se hubiere ocupado el Gobierno para llenar el aparente vacio existente, a través del decreto reglamentario cuya nulidad se solicita. Por lo demás, el universo que éste tiene permite concluír que a través de su artículado no se hizo nugatoria la PARTICIPACION, pues en el artículo 1°., inciso segundo del decreto 0545 se ordena:

> " El precio básico será igual al precio promedio ponderado que resulte de tener en cuenta el porcentaje de crudos que se EXPORTAN y el que se REFINE EN EL PAIS...", agregando luego que, en el primer caso, es decir, en el de crudos que se exporten, se tendrá como precio de referencia el precio internacional afectado por un factor de calidad menos los costos de transporte y trasiego a que hubiere lugar desde el campo de producción hasta el puerto de embarque. Y en el segundo, o sea el petróleo que va a la refinación interna, el precio de la Canasta de los derivados del petróleo afectado por un factor de calidad del crudo, menos los costos de refinación, transporte y trasiego de los productos a los centros de abasto, o puerto de exportación, menos los costos de transporte del crudo a las refinerías, teniendo en cuenta las fórmulas que para hacer la liquidación allí se enlistan, las cuales se aplican ora cuando la Empresa Colombiana de Petróleos -ECOPETROL- explote directamente los yacimientos de propiedad nacional, ora cuando se deba liquidar el porcentaje que esta empresa debe transferir a la Nación, de acuerdo con las disposiciones legales vigentes. Pero es más: en el artículo 3° del decreto reglamentario se manda: " Art. 3°. Si de la aplicación de la fórmula descrita en el artículo primero, resultare un precio menor al del 31 de diciembre de 1988, se tomará éste último".

Para la Sala resulta acorde con la lógica de lo razonable la orden de deducir los COSTOS DE REFINACION, como adicionales a los de TRANSPORTE Y TRASIEGO, y al proceder así no se detecta violación de normatividad superior alguna. No tendría sentido que para liquidar las PARTICIPACIONES, que corresponden a los ENTES TERRITORIALES, el Gobierno tuviera que correr con ciertos gastos, esto es, subsidiar a los beneficiados, como tampoco sería lógico que éste tornara caprichosamente muy onerosa la operación, para disminuír sustancialmente el universo de las mismas. Para el fallador el actor no demostró que las PARTICIPACIONES resultaran pírricas, como consecuencia de la aplicación del decreto cuya nulidad se impetra, pues se limitó a hacer la presentación de las distintas circunstancias del caso a la luz de la ley, sin abrir ningún debate probatorio sobre la realidad fáctica.

Dentro de la óptica que se deja expuesta, se impone concluír que el Decreto Regalmentario N° 0545 de 15 de marzo de 1989, expedido por el Sr. Presidente de la República, en ejercicio de sus facultades que le confería el numeral 3° del artículo 120 de la Constitución Nacional de 1886, no viola normatividad de jerarquía superior, y, por lo mismo, se ajusta a derecho.

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

F A L L A :

DENIEGANSE las pretensiones de las demandas.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA-Retenes/ **CONCURRENCIA DE CULPAS**

Si bien es cierto que el vehículo en que se transportaban el occiso y sus acompañantes no se detuvo ante las señales que en tal sentido hicieron los miembros de la patrulla policial, y por el contrario, prosiguió la marcha que llevaba, también es una realidad que el comportamiento de los miembros de la policía a partir de ese momento fué irregular, desproporcionado e imprudente, al atacar en condiciones de superioridad numérica y de armamento a quienes habían hecho caso omiso a sus órdenes o señales de detenerse y supuestamente les habían disparado. La Sala, sin respaldar la conducta desobediente del conductor fallecido, encuentra inoportuno, improcedente e innecesario el uso de las armas oficiales contra la humanidad de las víctimas, cuando bien hubieran podido disparar contra las llantas del vehículo y lograr así que éste se detuviera.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera., Santafé de Bogotá, D.C., cinco (5) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 6823. Actor: Sonis Francisca Medina Romero y Otros.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia de 11 de junio de 1991 proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira, mediante la cual se dispuso:

" PRIMERO.- Declárase que la Nación Colombiana Ministerio de Defensa-Policía Nacional-, es administrativamente responsable por falla de servicio, de los perjuicios morales y materiales causados con la muerte del señor MANUEL

JOSE BUILES DAZA, por parte de los Agentes de Policía en los hechos acaecidos el primero (1o.) de Enero de 1990 en el Corregimiento de Tomarrazón (Municipio de Riohacha - Guajira).

"SEGUNDO; Condénase en consecuencia a la Nación Colombiana - Ministerio de Defensa - Policía Nacional - a pagar por concepto de perjuicios morales las siguientes cantidades:

" - UN MIL (1.000) gramos de oro puro a SONIS FRANCISCA MEDINA ROMERO, identificada con la c.c.No.40.912.505 de Riohacha.

" UN MIL (1.000) gramos de oro puro a DAYANA DEL CARMEN BUILES MEDINA representada por su madre SONIS FRANCISCA MEDINA R.

" - UN MIL (1.000) gramos de oro puro a GUILLERMO LUIS BUILES MEDINA representada por su madre SONIS FRANCISCA MEDINA R.

" UN MIL (1.000) gramos de oro puro a MANUEL JOSE BUILES MEDINA, representado por su madre SONIS FRANCISCA MEDINA R.

" El valor del gramo oro, se determinará por certificado del Banco de la República, a la fecha de ejecutoria de esta sentencia. Esta condena se hace en concreto.

" TERCERO " Condénase a la Nación Colombiana - Ministerio de Defensa - Policía Nacional -, a pagar a SONIS FRANCISCA MEDINA ROMERO y a sus menores hijos DAYANA DEL CARMEN, GUILLERMO LUIS Y MANUEL JOSE BUILES MEDINA, por concepto de perjuicios materiales, la suma que se determine por el procedimiento incidental previsto en los Art.135. 136 y 137 del C.P.C. y que deberá ser promovido dentro del término de la ejecutoria de la presente providencia.(sic) (inciso lo Art. 308 del C.P.C. modificado D.E. 2282/89), siguiéndose las pautas señaladas en la parte motiva de este fallo.

" CUARTO: Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

" QUINTO: Esta condena se cumplirá en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

" SEXTO.. Si no fuere apelada, Consúltese ". (Fols.222 a 224).

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1o. *Las pretensiones.*

Sonis Francisca Medina Romero, en su propio nombre y en representación de sus menores hijos Dayana del Carmen, Manuel Medina José y Guillermo Luis

Builes; Enelda Cárdenas Daza en su propio nombre y en representación de su hijo menor Luis Fermín Builes Cárdenas, y Carmen Remedios Daza, con fecha 16 de agosto de 1990, en ejercicio de la acción de reparación directa, formularon demanda ante el Tribunal Administrativo de la Guajira contra la Nación Colombiana - Policía Nacional, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

" PRIMERA.- La Nación Colombiana - Policía Nacional - es administrativamente responsable de la muerte violenta del señor MANUEL JOSE BUILES DAZA, ocurrida el día 1 de enero de 1990 por la acción directa de los miembros de la Policía Nacional, CABO FRANCISCO ALBERTO ALMEYDA OROZCO, el agente MARINO PARRA Y OTROS miembros de la Policía Nacional, con armas de dotación oficial y en prestación del servicio de vigilancia y control ".

" SEGUNDA.- La Nación Colombiana - Policía Nacional - pagará a la señora SONIS FRANCISCA MEDINA ROMERO y a sus hijos DAYANA DEL CARMEN, MANUEL JOSE, GUILLERMO LUIS BUILES MEDINA, ENEIDA CARDENAS DAZA Y LUIS FERMIN BUILES CARDENAS, CARMEN REMEDIOS DAZA, la cantidad equivalente a UN MIL (1.000) gramos de oro fino para cada uno para la fecha que la Nación Colombiana dé cumplimiento al Art.176 del decreto 01 de 1984 o cuando quede ejecutoriada la sentencia que ponga fin al proceso en forma definitiva, certificado por el Banco de la República ".

" TERCERA.- La Nación Colombiana - Policía Nacional - pagará a la señora SONIS FRANCISCA MEDINA ROMERO y a sus hijos DAYANA DEL CARMEN, MANUEL JOSE y GUILLERMO LUIS BUILES MEDINA, ENEIDA CARDENAS DAZA y a LUIS FERMIN BUILES DAZA en cuantía que se demuestre dentro del proceso, o mediante liquidación establecida y vigente en el C.P.C. o mediante peritos de la lista de auxiliares de la justicia o en su defecto en la cantidad equivalente a CUATRO MIL (4.000) gramos de oro fino de conformidad con el Art.107 del C.P., teniendo en cuenta el valor que tenga el gramo de oro fino cuando la Nación dé cumplimiento al Art.176 del decreto 01 de 1984 o para la fecha en que ponga fin al proceso ".

" CUARTA.- La Nación Colombiana - Policía Nacional - dará cumplimiento a la sentencia en el término indicado en el art. 176 del decreto 01 de 1984 y en la forma y modo indicados en los arts. 177 y 178 de la misma obra ".". (fol.200).

2o. *Fundamentos de hecho.*

Así se relacionan en la demanda:

" 1. El señor MANUEL JOSE BUILES DAZA viajaba de la ciudad de Fonseca a la ciudad de Riohacha (Guajira) el 1 de enero de 1990 en compañia de dos personas que corresponden a los nombres de MOISES BUILES DAZA (lesionado) y a la señora PIEDAD DEL CARMEN VASQUEZ ORTEGA (lesionada) en un vehículo particular ".

" 2. En el puesto de la Policía establecido en el Corregimiento de Tomarrazón (Municipio de Riohacha- Guajira) al mando del Cabo FRANCISCO ALBERTO ALMEYDA conminaron a la víctima a detener el vehículo (MANUEL JOSE BUILES DAZA, y ya en la entrada de la población de Galán (Guajira) los ametrallaron inmisericordemente a la vista de todo el pueblo descargando en forma indiscriminada sus armas de dotación oficial.

" 3. Luego en forma criminal y con sevicia y alevosia fueron arrastrados, esposados, insultados, pateados en el suelo estando en estado preagónico a causa de las heridas sufridas.

" 4. Todo esto lo hicieron en estado de embriaguez los miembros de la Policía Nacional, dentro de los cuales sobresalía el agente MARINO PARRA, quien andaba sin camisa y sin zapatos, lo que hacía parecer como un loco el cual pisoteaba a los heridos ".

" 5. Luego procedieron a saquear el vehículo en el que se motorizaban las víctimas, hurtándose un maletín con dinero y las joyas que portaban las víctimas ".

" 6. Por último, la víctima el señor MANUEL JOSE BUILES DAZA, fue dejado morir desangrado ya que no prestaron ayuda clínica a sus heridas y, por el contrario, fue tirado y abandonado para luego llevárselo a Riohacha después de varias horas, para allí morir por anemia aguda, según consta en el acta de defunción inscrito serial 687040 ".

"7. A su vez MOISES BUILES DAZA tuvo que ser intervenido quirúrgicamente para salvarle la vida en la ciudad de Riohacha en el Hospital de los Remedios; como también en recibir atención médica PIEDAD DEL CARMEN VASQUEZ ORTEGA".

"8. Con la muerte del señor MANUEL JOSE BUILES DAZA, a manos de los miembros de la Policía nacional, mis poderdantes quedaron completamente desprotegidos, tanto las madres de los menores como ellos mismos y la madre del causante y sus hermanos en lo moral y económico, ya que el occiso sostenía por completo a su familia de sus ingresos como comerciante en el Municipio de Maicao, Departamento de la Guajira, en el establecimiento comercial " PROVISIONES ELINA " del cual era propietario en compañia del señor ELIAS DE JESUS BETANCOURT, ubicado en la Carrera 17 No. 10-39 Maicao (Guajira), establecimiento dedicado a la venta y compra de artículos y comestibles de primera necesidad.

" 9. De igual forma los heridos MOISES BUILES DAZA Y PIEDAD DEL CARMEN VASQUEZ ORTEGA, como su señora madre CARMEN REMEDIOS DAZA y sus hermanos ELIZABETH, LAUREANO Y LUIS FERMIN BUILES DAZA.

" 10. Los agentes de la Policía Nacional según los hechos, violaron todas las normas y reglamentos de la Policía Nacional, por lo cual ocasionaron la tragedia de

irreparables consecuencias con la muerte del señor MANUEL JOSE BUILES DAZA, como a su esposa, hijos y madre, y a los lesionados MOISES BUILES DAZA Y PIEDAD DEL CARMEN VASQUEZ ORTEGA, igual que a sus hermanos ".

3o. *Actuación procesal.*

El auto admisorio de la demanda le fue notificado al Comandante del Departamento de Policía Guajira, quien designó apoderado para que representara a la Institución. En escrito visible a folios 32 a 36 contestó el libelo demandatorio, aceptó algunos hechos, otros los negó. Así mismo tachó de sospechoso algunos testimonios y argumentó que los hechos se originaron por culpa de la víctima, propuso la excepción de inepta demanda por no razonar la cuantía y alegó falta de legitimación en la causa por activa.

Una vez agotado el período probatorio tras el recaudo de la mayor parte de las pruebas decretadas, se dispuso el traslado de rigor para que las partes alegaran de conclusión, como en efecto lo hizo, la demandada en memorial de folios 188 y 189 para reiterar lo expresado al contestar la demanda y solicita un fallo desfavorable a las pretensiones de la actora. La parte demandante guardó silencio. La Procuradora Departamental en su concepto de fondo, se mostró partidaria de condena a la Nación al pago de todos los perjuicios causados.

4o. *La sentencia apelada.*

Descarta el *a-quo,* en primer término, la falta de legitimación en la causa por activa, por cuanto la razón de la misma surgió al considerar la demandada mayor de edad al menor (11 años) Guillermo León Builes, la misma con base en una ostensible equivocación en el cálculo de su edad. Asimismo, desestima la ineptitud de la demanda propuesta por no razonar su cuantía, pues considera el Tribunal que la valoración hecha en el libelo, calculada sobre un eventual reconocimiento de los perjuicios morales, satisface tal exigencia procesal.

Manejó el Tribunal el caso *sub-judice* por la teoría de la falla presunta por cuanto los daños fueron ocasionados con armas de dotación oficial. Encontró además exagerado, innecesario y carente de precaución el uso de las armas de fuego por parte de los miembros de la Policía Nacional. Dedujo de lo anterior la causa de los perjuicios, para estructurar así el nexo causal entre la falla y el daño, y, por consiguiente, configurar la responsabilidad de la administración, atenuada en un 50% " por el proceder reprochable de la víctima concomitante al hecho, ya que expuso a él imprudentemente. (Art.2357 C.C.) ". (Fol.216).

En relación con los perjuicios, el *a-quo* reconoce el orden moral a la esposa e hijos del occiso el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro para cada uno. Los de orden material dispuso liquidarlos incidentalmente y señaló las bases para hacerlo.

5o. *Razones de los apelantes.*

Inconforme con la anterior decisión el apoderado de la Nación - Policía Nacional, interpuso recurso de apelación por cuanto en su criterio, de una parte, no se dió la falla del servicio en el comportamiento de los policiales y, de otra, no se dispuso atenuar el monto de la indemnización por perjuicios morales en un 50% por ciento.

La parte actora dirige su cuestionamiento a la tesis del Tribunal para denegar la indemnización en favor de Carmen Remedios Daza y Luis Fermín Builes Cárdenas, quienes se presentaron a demandar como madre e hijo del occiso respectivamente. En ambos casos el *a-quo* consideró indebidamente acreditadas las calidades de legitimación procesal en los accionantes. El recurrente solicita que se revoque el ordinal cuarto del fallo y se indemnice con 1.000 gramos de oro a los demandantes citados.

El Fiscal de la Corporación en su concepto de fondo considera que debe confirmarse la sentencia apelada, sin hacer deducción alguna por responsabilidad compartida.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala el fallo apelado debe confirmarse en cuanto declaró administrativamente responsable de la muerte de Manuel José Builes Daza a la Nación - Policía Nacional con atenuación por responsabilidad compartida de la víctima. En torno de los reconocimientos indemnizatorios de orden moral y material se harán en esta providencia algunas modificaciones.

Con respecto a la falla del servicio alegada por los demandantes y reconocida por el *a-quo,* la Sala estima que efectivamente de la actuación policial desarrollada la noche de los hechos, resulta acreditada la falla de la administración. Porque, si bien es cierto que el vehículo en que se transportaban el occiso y sus acompañantes no se detuvo ante las señales que en tal sentido hicieron los miembros de la patrulla policial, y por el contrario, prosiguió la marcha que llevaba, también es una realidad que el comportamiento de los miembros de la policía a partir de ese momento fué irregular, desproporcionado e imprudente, al atacar en condiciones de superioridad numérica y de armamento a quienes habían hecho caso omiso a sus órdenes o señales de detenerse y supuestamente les habían disparado.

No obstante las explicaciones que pretendieron ofrecer los policiales que participaron en la persecución y desenlace del trágico episodio, para salvar su responsabilidad disciplinaria y penal, la Sala considera que se dan en este caso serios indicios que desvirtúan lo dicho por los policías y dejan ver una conducta abusiva e ilegal comprometedora por lo mismo en la responsabilidad de la administración. Es el caso, por ejemplo, de la localización de las heridas sufridas por los ocupantes del automotor. Piedad Vásquez Ortega presentó "*Herida en el dorso del pié* izquierdo con *orificio de salida en la planta* " (Fol. 5 C 1); Moisés

Builes Daza, presentó herida " *en cara anterior del muslo* derecho con *salida* a nivel de Pliegue *Glúteo Derecho,...* " (Fol.6 C.2); Manuel Builes Daza, tenía herida " *en cara anterior del muslo derecho, con salida en la posterior...* " (Fol.12, C.2). Cabe preguntar, cómo es posible que si los policiales dispararon cuando iban *tras* del automotor ocupado por los lesionados, *a sus espaldas,* los orificios de entrada de los proyectiles aparecen en la parte anterior de aquellos? De igual manera, cómo entender que los disparos se hicieron al aire y hacia la parte baja del vehículo Toyota, cuando éste aparece abaleado por todas partes, en sus cuatro llantas, sin vidrios y con orificios de proyectiles en distintos sitios de la carrocería. Agréguese a los cuestionamientos anteriores, el informe rendido a folios 22 y 23 del cuaderno número 2, por los Auxiliares Técnicos de Policía Judicial, quienes consideraron que el disparo a Moisés Ricardo Builes Daza, por haber encontrado en su piel deflagración de pólvora, " fue hecho a una distancia de 80 a 100 cms de la víctima " y que a Piedad Vásquez Ortega el disparo " fue efectuado a 2 (dos) mts aproximadamente ", lejos por consiguiente estas apreciaciones técnicas del dicho de los policiales, pero suficientes sí para que la Sala entienda y concluya que fue desmedido, irregular e irresponsable el actuar de los miembros de la Policía Nacional en el procedimiento referido y que, consecuencialmente, le cabe a tal institución la responsabilidad administrativa atinadamente declarada en el fallo recurrido con fundamento en la falla presunta, pero que igualmente puede manejarse con base en la falla probada, conforme a las anteriores apreciaciones.

Ahora bien, así como la falla aparece debidamente acreditada en el proceso, igualmente está demostrado el comportamiento censurable del conductor del vehículo al no acatar las señales de los policías para detenerse, omisión ésta que los mismos ocupantes del automotor aceptan. Sin duda los miembros de la patrulla policial podían disponer que el automotor conducido por el occiso se detuviera y era un deber de éste atender el llamado de la fuerza pública. Sin embargo, a pesar de dicha obligación, prosiguió su marcha provocando de inmediato la reacción policial tendiente a conseguir la aprehensión del automotor y sus ocupantes. La Sala, sin respaldar la conducta desobediente del conductor fallecido, encuentra inoportuno, improcedente e innecesario el uso de las armas oficiales contra la humanidad de las víctimas, cuando bien hubieran podido disparar contra las llantas del vehículo y lograr así que éste se detuviera. La aprehensión de los ocupantes y su posterior sanción, si a ella había lugar, era el procedimiento legal, normal y razonable que debieron cumplir los policiales.

Para la Sala el desacato de la víctima no es suficiente en casos como el presente para atribuirle culpa en el resultado dañoso, conforme lo entendió el Tribunal. La apreciación del grado de culpa atribuible a la víctima, debe someterse a un estricto criterio valorativo de las pruebas, para evitar que tras de supuestas conductas de desacato, los miembros de la fuerza pública se escuden para atentar contra la vida e integridad de los ciudadanos mediante el uso irresponsable y precipitado de las armas que recibieron precisamente para protegerlos en su vida, honra y bienes, según consagración expresa del artículo 16 de la Constitución vigente en la época de los hechos. Se modificará, pues, la decisión del *a-quo* en cuanto admite la concurrencia de culpas.

Comparte la Sala el reconocimiento indemnizatorio por perjuicios morales en favor de la cónyuge supérstite e hijos del occiso, en equivalencia en pesos a 1.000 gramos de oro para cada uno. En cuanto a la negativa de tal reconocimiento para la madre e hijo extramatrimonial, basado en la ausencia de demostración del vínculo matrimonial o del registro civil de nacimiento de aquélla y del registro civil de nacimiento del menor, hay lugar a modificar lo decidido por el Tribunal conforme a las siguientes apreciaciones.

Si bien es cierto que la maternidad extramatrimonial se prueba primordialmente con la suscripción del registro por parte de la madre, la omisión de dicha firma puede suplirse con otros medios probatorios, por ejemplo: certificación médica, constancias clínicas u hospitalarias, declaraciones de parteras, enfermeras, presenciales etc. elementos éstos que bien valorados permiten al fallador adquirir certeza con respecto a la maternidad del occiso. Empero, ningún esfuerzo realizó la parte actora en tal sentido y de ahí que resulte acertado el desconocimiento indemnizatorio impugnado.

Sin embargo, respecto de la señora Carmen Remedios Daza cuya maternidad del occiso se reclama con base en el certificado de registro civil de nacimiento de éste, considera la Sala que se dan en el proceso distintas informaciones de orden testimonial suficientes para que se concluya que, por lo menos, entre la mencionada señora y Manuel José Builes Daza se dieron relaciones afectivas y muestras de cariño y aprecio tan entrañables, que permiten deducir en la demandante una profunda afectación sentimental que la hace acreedora a una indemnización por perjuicios morales en equivalencia a 500 gramos de oro fino.

Con relación al menor Luis Fermín Builes Cárdenas, se encuentra al folio 239 una fotocopia auténtica de su registro civil de nacimiento según el cual su padre Manuel José Builes Daza expresamente lo reconoció como hijo natural. En tales condiciones le corresponde igual indemnización a la reconocida en favor de los hijos legítimos, o sea, el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro fino.

En cuanto a los perjuicios de orden material cuya liquidación dispuso el *a-quo* hacerla mediante incidente, estima la Sala que la misma puede hacerse en concreto con fundamento en la siguiente información:

En relación con la actividad laboral y productiva del occiso la Sala la encuentra debidamente acreditada con prueba testimonial y con el certificado de la Cámara de Comercio allegado al proceso.

Los ingresos de la víctima aparecen en el expediente sin comprobación cierta y convincente. En verdad los testimonios que se aportaron para tal efecto son en extremo genéricos e imprecisos, pues hablan muy a la ligera y sin fundamentación seria alguna, de ingresos mensuales de $1.000.000, $1.200.000, $1.400.000, $1.500.000, etc., cifras estas sin respaldo documental y de las cuales ninguna declaración de renta se aportó para sustentarlas entre otras razones porque el occiso nunca declaró según constancia visible al folio 89 del proceso. Esta imprecisión

salarial y la falta de comprobación llevan a la Sala a calcular la indemnización por perjuicios materiales sobre la base del salario mínimo legal vigente en enero de 1990 el cual corresponde a $41.025 mensuales. Dicho valor se actualizará con base en los Indices de Precios al Consumidor. Se descontará un 25% que supuestamente dedicaba a sus gastos personales y el 75% restante se distribuirá por partes iguales entre la cónyuge sobreviviente y los hijos. Respecto de aquélla se tendrá en cuenta únicamente solo su término de vida probable (483.6 meses) y frente a éstos se tendrá en consideración su arribo a la mayoría de edad.

Los índices certificados por el DANE y dados a conocer públicamente a través de distintos medio de información son los siguientes:

Para enero de 1990: 129.99 y para la fecha de esta providencia: 238.32. Sobre éstos se actualiza el salario mensual cuyo monto, descontado el 25% destinado a sus gastos personales, queda en $30.768.75 valor que a la fecha de esta decisión corresponde a $56.410.55, los que se distribuirán así $28.205.27 para la cónyuge y $7.051.31 para cada hijo.

Liquidación de Sonis Francisca Medina Romero.

Indemnización debida.

Comprende desde la fecha del hecho dañoso (2 de enero de 1990), hasta la fecha de este fallo, o sea un lapso de 28.7 meses.

Se aplica la fórmula:

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

; donde: S, es la suma buscada, Ra, es la renta actualizada ($28.205.27), i, corresponde al interés técnico mensual (0.004867) y n, es el número de meses a indemnizar (28.7).

$$S = 28.205.27 \frac{(1+0.004867)^{28.7} - 1}{0.004867} = 866.496.72$$

Valor de la indemnización debida: $866.496.72

Indemnización futura.

Abarca desde la fecha de este fallo hasta el cumplimiento del término de vida probable, es decir 454.9 meses. Se utiliza la fórmula:

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

$$S = Ra \frac{(1+0.004867)^{454.9} - 1}{0.004867\,(1+0.004867)^{454.9}} = \$5.158.595.72$$

Valor de la indemnización futura: $5.158.595.72

Total de la indemnización: $6.025.092.44

Liquidación de los menores Dayana del Carmen, Guillermo Luis y Manuel José Builes Medina, y Luis Fermín Builes Cárdenas.

Indemnización debida.

El período indemnizatorio va del 2 de enero de 1990 al 28 de mayo de 1992 (28.7 meses). Se utiliza la fórmula aplicada en el caso de su progenitora.

$$S = 7.051.31 \frac{(1+0.004867)^{28.7} - 1}{0.004867} = 216.623.94$$

Valor de la indemnización debida: $216.623.94 para cada uno.

Indemnización futura.

La indemnización futura se liquida teniendo en cuenta la fecha de la mayoría de edad de cada menor.

a) Guillermo Luis Builes Medina cumple 18 años el 7 de abril de 1997. El período indemnizatorio es de 58.3 meses. Se utiliza la misma fórmula que se aplicó al liquidar la indemnización futura de su progenitora.

$$S = 7.051.31 \quad \frac{(1 + 0.004867)^{58.3} - 1}{0.004867\,(1 + 0.004867)^{58.3}} = 357.163.68$$

Valor de la indemnización futura: 469.182.48

b) Manuel José Builes Medina, cumple 18 años el 20 de febrero de 1999. El período indemnizatorio es de 80.6 meses y se liquida igual al anterior.

$$S = 7.051.31 \quad \frac{(1 + 0.004867)^{80.6} - 1}{0:004867\,(1 + 0.004867)^{80.6}} = 469.182.48$$

Valor de la indemnizació futura: 469.182.48

c) Dayana del Carmen Builes Medina, cumple 18 años el 7 de abril del 2001. El período indemnizatorio es de 106.3 meses y se liquida igual que los anteriores.

$$S = 7.051.31 \quad \frac{(1 + 0.004867)^{106.3} - 1}{0.004867\,(1 + 0.004867)^{106.3}} = 584.099.07$$

Valor de la indemnización futura: $584.099.07

d) Luis Fermín Builes Cárdenas, cumple 18 años el 17 de octubre de 1999. El período indemnizatorio es de 88.6 meses y se liquida como los anteriores.

$$S = \frac{(1 + 0.004867)^{88.6} - 1}{0.004867\,(1 + 0.004867)^{88.6}} = 506.502.87$$

Valor de la indemnización futura: $506.502.87

RECAPITULACION

1. Sonis Francisca Medina Romero.

Indemnización debida:	$ 866.496.72
Indemnización futura:	$ 5.158.595.72
SUMA:	$ 6.025.092.44

2. Guillermo Luis Builes Medina.

Indemnización debida:	$ 216.623.94
Indemnización futura:	$ 357.163.68
SUMA:	$ 573.787.62

3. Dayana del Carmen Builes Medina

Indemnización debida:	$216.623.94
Indemnización futura:	$584.099.07
SUMA:	$800.723.01

4. Manuel José Builes Medina

Indemnización debida:	$216.623.94
Indemnización futura:	$469.182.48
SUMA:	$685.806.42

5. Luis Fermín Builes Cárdenas

Indemnización debida:	$216.623.94
Indemnización futura:	$506.502.87
SUMA:	$723.126.81

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

F A L L A :

PRIMERA: Confírmanse los ordinales Primero, Cuarto, Quinto y Sexto de la sentencia apelada, esto es la de 11 de junio de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira.

SEGUNDA: Modifícanse los ordinales Segundo y Tercero del fallo recurrido, los cuales quedan así:

Segundo. Condénase en consecuencia a la Nación Colombiana - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, a pagar por concepto de indemnización por perjuicios morales los siguientes valores:

a) El equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro fino para cada una de las siguientes personas: Sonis Francisca Medina Romero, Dayana del Carmen Builes Medina, Guillermo Luis Builes Medina, Manuel José Builes Medina y Luis Fermín Builes Cárdenas, o a quien legalmente represente a los menores nombrados.

b) El equivalente en pesos a 500 gramos de oro fino para Carmen Remedios Daza.

El Banco de la República certificará sobre el precio interno del oro a la fecha de ejecutoria de esta providencia y los interesados deberán allegar la certificación junto con la respectiva cuenta de cobro.

Tercero. Condénase a la Nación Colombiana - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, a pagar por concepto de perjuicios materiales, en concreto, a las siguientes personas:

a) Para Sonis Francisca Medina Romero, la suma de seis millones veinticinco mil noventa y dos pesos con 44/100 - ($6.025.092.44) moneda legal.

b) Para Guillermo Luis Builes Medina, o a quien sus derechos represente, la suma de quinientos setenta y tres mil setecientos ochenta y siete pesos con 62/100 ($573.787.62) moneda legal.c) Para Dayana del Carmen Builes Medina, o a quien sus derechos represente, la suma de ochocientos mil setecientos veintitrés pesos con 01/100 ($800.723.01) moneda legal.

d) Para Manuel José Builes Medina, o a quien sus derechos represente, la suma de seiscientos ochenta y cinco mil ochocientos seis pesos con 42/100 ($685.806.42) moneda legal.

e) Para Luis Fermín Builes Cárdenas, o quien sus derechos represente, la suma de setecientos veintitrés mil ciento veintiseis pesos con 81/100 ($723.126.81) moneda legal.

TERCERA: Para el cumplimiento de lo dispuesto de los artículos 176 y 177 del C.C.A., se expedirán las copias respectivas de las sentencias, con constancias de su ejecutoria, con destino a las partes, haciendo precisión sobre cuál o cuáles de las copias resulta idónea para la efectividad de los derechos reconocidos. (Art.115 C. de P.C.).

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, cuatro (4) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO MEDICO - Inexistencia/ **CARGA DE LA PRUEBA/ OBLIGACION DE MEDIO**

Al no existir en el proceso prueba alguna que permita cuestionar la idoneidad y capacidad profesional de los médicos y paramédicos que intervinieron en la operación, o que dé lugar a censurar las técnicas y procedimientos utilizados que demuestre insuficiente sepsis, instrumental inadecuado, etc., mal podría la Sala declarar probada una falla del servicio médico de la Caja, o del Instituto Nacional de Cancerología, con base en las solas afirmaciones e hipótesis consignadas en la demanda y alegatos de la actora. Mal podría calificarse el procedimiento quirúrgico por los resultados del mismo, cuando, en principio, la obligación profesional del médico es de medio y no de resultado, y por consiguiente, para comprometer su responsabilidad se hace necesaria la demostración de que dentro de un ámbito normal de conocimiento y en un medio quirúrgico igualmente normal, el profesional incurrió en grave error originado en una actuación negligente, irresponsable y descuidada.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., cinco (5) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 6817. Actor: María Marleny Mahecha v. de García.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 11 de abril de 1991, proferida por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se dispuso:

" PRIMERO: No prospera la tacha que de los testimonios de Manuel Romualdo Dediego Raga y Crisóstomo Díaz Parada, formuló el apoderado de la Caja de Previsión Social de Bogotá, D.E.

" SEGUNDO: Deniéganse las pretensiones de la demanda.

" TERCERO: No se condena en costas porque estas no se causaron " (Fol.265).

I. ANTECEDENTES

1o. *Las pretensiones.*

María Marleny Mahecha v. de García, Efraín García Mahecha, Camilo Alberto García Mahecha y María del Pilar García Mahecha, en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A., en escrito presentado el 7 de septiembre de 1985 formularon demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca contra la Caja de Previsión Social de Bogotá, D.E., y el Instituto Nacional de Cancerología, para que se declarara:

"a) LA CAJA DE PREVISION SOCIAL DE BOGOTA es administrativamente responsable de los perjuicios causados a la Señora MARIA MARLENY MAHECHA v. DE GARCIA, como consecuencia de la intervención quirúrgica que le fué practicada por orden y por cuenta de la misma entidad, en el INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGIA, quien es igualmente responsable, establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Salud, representado por su Director, y con intervención del Señor Agente del Ministerio Público, se disponga mediante sentencia definitiva lo siguiente:

" *PRIMERO*: Que la CAJA DE PREVISION SOCIAL DE BOGOTA D.E. y el INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGIA, son solidariamente responsables de los perjuicios causados a la Señora MARIA MARLENY MAHECHA v. DE GARCIA, como consecuencia de la intervención quirúrgica de PARATIDECTOMIA que le fué practicada el ocho (8) de Septiembre de 1982, en el INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGIA por orden, con autorización y por cuenta de la CAJA DE PREVISION SOCIAL DE BOGOTA D.E.

" *SEGUNDO:* Que como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad a que se refiere el punto anterior, se CONDENE solidariamente a la CAJA DE PREVISION SOCIAL DE BOGOTA y al INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGIA, a pagar a la Señora MARIA MARLENY MAHECHA v. DE GARCIA, y a sus hijos EFRAIN GARCIA MAHECHA, CAMILO ALBERTO GARCIA MAHECHA Y MARIA DEL PILAR GARCIA MAHECHA, los siguientes valores:

"a) El valor que a la fecha de ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso tengan mil gramos de oro puro para cada uno, conforme, al precio que certifique el Banco de la República, a título de perjuicios morales. Este valor devengará intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia e intereses comerciales moratorios después de dicho término.

" b, El valor correspondiente a la indemnización de los perjuicios materiales causados en la cuantía que se determine en la misma sentencia con arreglo a las pruebas que se alleguen al proceso, o que se liquide por el procedimiento previsto en el artículo 308 del C. P.C. según las bases dadas por la sentencia, en caso de que ésta no pueda proceder a la determinación exacta de la cuantía de la indemnización por perjuicios materiales. Se reconocerá que este valor devengará intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia o del auto que concrete la cuantía, la indemnización e intereses moratorios comerciales después de este término ". (Fols. 1 a 3).

2o. *Fundamentos de hecho.*

Se relaciona en la demanda a folios 5 a 8. La Sala los reduce, en síntesis a los siguientes:

La demandante María Marleny Mahecha v. de García, empleada de la Secretaría de Educación del Distrito Especial de Bogotá, consultó con el servicio médico de la Caja de Previsión Social de Bogotá, por una inflamación cercana al oído izquierdo, la cual a criterio del médico Alberto Chaya Sagra consistía en un tumor que debía extirparse. La intervención fue acordada en Junta Quirúrgica para el 16 de julio de 1982. Sin embargo, por falta de un estimulador eléctrico del nervio, más no de un " estabilizador del sistema nervioso " como se dice en la demanda, no se efectuó la operación. Posteriormente la Caja de Previsión remitió la paciente al Instituto Nacional de Cancerología en donde se encontraban mejores condiciones profesionales y técnicas para realizar la intervención quirúrgica de extirpación del tumor mixto de parótida, la cual se ejecutó el 8 de septiembre de 1982.

Como consecuencia de la intervención la demandante sufrió una parálisis facial del lado izquierdo, que inmediatamente fue tratada con fisioterapia, sin obtenerse ninguna recuperación. Al practicársele una electromiografía se determinó que el nervio facial había sido totalmente lesionado y por lo mismo resultaron afectados la audición, los músculos orbiculares del párpado, el ala de la nariz y los labios, todos del lado izquierdo.

De tales lesiones, le resultaron a la afectada dificultades en la visión por falta de irrigación del ojo izquierdo, debe utilizar audífono, los maxilares no encajan y obligaron a cambiar las prótesis y se dificulta la pronunciación. Además su trabajo como educadora se ha visto seriamente perturbado, socialmente se ha aislado y ha sido afectada por un permanente estado depresivo.

3o. *Actuación procesal.*

Admitida la demanda y notificados del auto admisorio el Director de la Caja de Previsión del Distrito (Fol.47) y el Director del Instituto Nacional de Cancerología (Fol.48), por conducto de sus apoderados contestaron la demanda, en tiempo la Caja de Previsión, extemporáneamente el Instituto de Cancerología.

La apoderada de aquella se opuso a las pretensiones de la parte actora y propuso como excepción " la de demanda dirigida contra persona diferente a la obligada a responder ". Rechaza la existencia de una falla del servicio porque considera que la remisión de la paciente al Instituto Nacional de Cancerología obedeció precisamente a buscar para su afiliada mejores condiciones quirúrgicas y profesionales que las de la institución de previsión. Plantea, de otra parte, que si se hubiera presentado una falla del servicio, ésta no es atribuíble a la Caja por cuanto no fue su personal quien practicó la intervención, sino el del Instituto mencionado, circunstancia que configuraría el hecho de un tercero y como tal, exoneraría a la Caja de responsabilidad.

Agotado el período probatorio y practicadas las pruebas solicitadas, se dispuso el traslado de rigor para que las partes presentaran sus alegatos de conclusión. La Caja de Previsión una vez más expuso los planteamientos consignados en la contestación de la demanda (Fols. 233 a 236).

La parte actora en memorial visible a los folios 237 a 242, reitera los razonamientos de la demanda, insiste en la responsabilidad por falla del servicio y, como consecuencia, impetra un pronunciamiento favorable a las súplicas contenidas en el libelo demandatorio.

La Fiscal Cuarta del Tribunal encuentra que a la fecha de presentación de la demanda (7 de septiembre de 1985) ya habían transcurrido más de dos años desde la fecha de la operación (8 de septiembre de 1982); de donde concluye que la acción estaba caducada.

4o. *La sentencia apelada.*

Se pronuncia el *a-quo* en primer término sobre la excepción de ausencia de legitimación en la causa por pasiva, propuesta en favor de la Caja. Al respecto se consideró en el fallo apelado que si en principio la prestación del servicio corría a cargo de la entidad de previsión, el hecho de remitir a la paciente hacia otra institución, eventualmente no excluiría su responsabilidad y, por consiguiente, había razón para que de ambos entes se exigiera el cumplimiento de las obligaciones respectivas.

Con respecto a la caducidad propuesta por la Agente del Ministerio Público, sostuvo el Tribunal que la situación estaba regulada por el término de 3 años consagrado en el artículo 28 del Decreto 528 de 1964 y como la demanda se presentó el 7 de septiembre de 1985, fue oportuna tal presentación y, en consecuencia, no había lugar a declarar la caducidad de la acción.

El *a-quo,* luego de una valoración crítica de los distintos medios probatorios aportados al proceso, concluye que no se demostró la falla del servicio y, por lo mismo, no se puede declarar la responsabilidad administrativa a cargo de los entes demandados. En los siguientes apartes de la sentencia impugnada se concreta el criterio del fallador de primera instancia.

"IV. Conforme a lo anterior, valorando los hechos fuente de la pretensión que fueron plenamente demostrados dentro del plenario, la Sala llega a la ineludible conclusión de que no se demostró la existencia del primer elemento estructural de la responsabilidad de la administración, como es la falla en la prestación del servicio.

"Efectivamente, se hace evidente que durante la prestación del servicio médico a que estaban obligadas las entidades demandadas se produjo una lesión del nervio facial que tuvo como consecuencia la parálisis de la parte izquierda de la cara de la señora María Marleny Mahecha vda. de García. Pero por parte alguna se demostró que la lesión fuera producto de una falla en la prestación del servicio médico. Es decir, no se acreditó que la lesión fuera producto de un error en la práctica de la intervención quirúrgica que constituiría precísamente la falla en la prestación del servicio ya que en este caso la conducta de los agentes de la administración es inescindible de la actividad de la misma y, por ello, si no se probó el error no es posible demostrar la falla en la prestación del servicio.

" Aquí el fallador carece de los elementos de prueba que lo lleven a la convicción plena de que existió una falla en la prestación del servicio médico, y, por el contrario, de lo aportado se desprende que lesiones como la sufrida por la actora se presentan con alguna frecuencia en intervenciones quirúrgicas como la a ella practicada sin que se deban a error alguno sino a las condiciones mismas en que se realiza la intervención dadas las circunstancias de la enfermedad padecida. Así las cosas, las pretensiones de la demanda deben ser denegadas y faltando el primer elemento de la responsabilidad se hace innecesario el estudio de los demás que la configuran ". (Fol.264).

5o. *Razones del apelante.*

Inconforme la parte actora con el pronunciamiento adverso del Tribunal, recurrió en apelación. Las razones expuestas en contra de la sentencia se encuentran consignadas en los escritos de folios 268 a 271 y 281 a 282, en los cuales insiste en la presencia de una falla del servicio médico que conduce hacia una responsabilidad patrimonial a cargo de los entes demandados.

En el siguiente aparte de su alegato de conclusión en la segunda instancia, se compendian las razones de la censura:

" Fundamentalmente aparecen en el expediente las declaraciones de los facultativos GERARDO ORDONEZ MORA Y FERNANDO ACOSTA LLERAS, quienes de manera clara y asertiva hacen referencia al hecho dañoso causado a la señora MARIA MARLEN (sic) MAHECHA DE GARCIA y al descuido y falta de pericia de los facultativos y demás auxiliares al no prever los instrumentos adecuados para tal intervención, así como la totalidad de la prueba documental pedida y aportada en legal forma al expediente ". (Fol.282).

El Fiscal Décimo de la Corporación en su vista de fondo considera no probada la falla del servicio y, por consiguiente, solicita la confirmación del fallo apelado.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala la decisión del Tribunal deberá confirmarse, porque la misma obedece a un acertado análisis probatorio y a una correcta apreciación jurídica de lo sucedido, acordes con los criterios que sobre tales materias ha mantenido la Sección.

Dado que la Caja de Previsión Social de Bogotá propone -como excepción " la demanda dirigida contra persona diferente a la obligada a responder...", en otros términos, una legitimidad en la causa por pasiva, estima la Sala, no está llamada a prosperar por cuanto la afiliación de la actora y su vinculación permanente, aún después de la operación, eventualmente no la eximirían de responsabilidad, así no haya sido la Caja la directa ejecutora de la intervención quirúrgica, pues no se puede olvidar que fué aquella quien remitió la paciente y contrató la cirugía. En estas condiciones, si a ello hubiere lugar, bien podría declararse la responsabilidad solidaria de los entes demandados. No prospera entonces esta excepción y se comparte en tal sentido la decisión del Tribunal.

Con respecto a la caducidad de la acción propuesta por la Fiscalía Cuarta del Tribunal, por presentarse la demanda el 7 de septiembre de 1985, después de vencidos los dos años de la ocurrencia del hecho (8 de septiembre de 1982), estima la Sala que carece de razón el Ministerio Público y, por consiguiente, no habrá lugar a declarar caducada la acción.

En torno de esta materia, advierte la Sala, que ha adecuado su criterio, a lo manifestado en Sala Plena de la Corporación, en fallo del 8 de noviembre de 1991, con ponencia del Consejero Yesid Rojas Serrano, según el cual el término de caducidad de dos años para el ejercicio de la acción de reparación directa " opera solamente para el futuro y es apreciable únicamente para la caducidad de las acciones originadas en hechos ocurridos después de marzo de 1984, iniciación de la vigencia del citado código; mientras que el plazo de los tres años contemplados en el artículo 28 del Decreto 528 de 1964 rige para las acciones indemnizatorias derivadas de acontecimientos anteriores ".

Así pues, conforme a este enfoque jurisprudencial, la demanda fue oportunamente presentada, un día antes de cumplirse el término señalado en el decreto 528 de 1964 para su caducidad.

De otra parte, en el proceso se encuentran debidamente acreditados los siguientes hechos:

1. Que la demandante María Marleny Mahecha v. de García consultó con el servicio médico de la Caja de Previsión Social de Bogotá D.E., por tumoraciones

en ángulo maxilar izquierdo y en parte media región lateral izquierdo del cuello. (Historia Clínica. Fl.165).

2. Que la cirugía se programó en la Caja de Previsión (Clínica Fray Bartolomé de las Casas) para el 16 de julio de 1982 y no se llevó a cabo porque el estimulador eléctrico del nervio se había descompuesto y se requería para el mejor resultado del procedimiento quirúrgico (Fols. 25 y 221).

3. Que la Caja de Previsión de Bogotá remitió a la demandante al Instituto Nacional de Cancerología " para Parotidectomía por tumor de parótida ". (Fol.28 y 136).

4. Que en primera consulta en el Instituto mencionado se observó " masa que levanta el lóbulo de la oreja, a la palpación de consistencia semidura, móvil. Se encuentran dos nódulos de aproximadamente 0.7 cms laterocervicales..." (Fol.127).

5. Que el 8 de septiembre de 1982, en el Instituto Nacional de Cancerología se practicó a la actora María Marleny v. de García, " RESECCION NEURILEMOMA DEL SEPTIMO PAR IZQUIERDO ", con participación del cirujano principal, primero y segundo ayudantes y bajo anestesia general. Según el informe quirúrgico " No se presentaron complicaciones operatorias ". (Fol.129).

6. Que como consecuencia de la anterior intervención, la demandante presentó parálisis facial periférica izquierda, que exigió terapia de rehabilitación (Fol.126).

7. Que se hizo necesario practicarle una electromiografía de la cual se dedujo que " Los hallazgos Electromiográficos solamente muestran signos de denervación por lesión total del Nervio " (Fol.168).

8. Que según el informe Anatomo-patológico, se diagnosticó un " neurilemoma de región parótida izquierda " (Fol.124), el cual consiste, según los expertos médicos, en " un tumor benigno encapsulado que ocurre en los nervios creaneales periféricos y simpáticos, proveniente de las células del Neurilema (células que recubren los axones o cilindrajes que en conjunto forman el nervio), pueden aparecer a cualquier edad, crecen lentamente, sin o con mínimos síntomas. Usualmente son firmes, elásticos, ovoides, redondeados o polibulados ocasionalmente, grises blancos o rosados. Su remoción está frecuentemente asociada con recurrencia. El tratamiento indicado es su extirpación quirúrgica. Robins Patología Estructural. Ed. Interamericana ". (Fol.200).

9. Que según concepto pericial, " la lesión del nervio facial, como complicación de la intervención que nos ocupa, es un riesgo previsto en este tipo de cirugía, que se presenta en el 3% al 30% de las cirugías de tumores de parótida dependiendo del centro hospitalario. Dicha complicación, según la historia clínica se presentó consecutiva a la *divulsión* de las fibras del nervio facial (separación). Dicha " divulsión " puede causar interrupción funcional de la conducción transitoria o permanente, lo cual es perceptible en el post-operatorio clínicamente como

parálisis facial (en este caso permanente) y electrográficamente como denervación (lesión total del nervio) " (Fol. 201).

10. Que según testimonios médicos provenientes de profesionales que conocieron del caso bajo estudio: "...es difícil aseverar sobre un error, pero supongo que sí es una consecuencia directa de la intervención...Dada la proximidad de las diferentes ramas del nervio facial y su estrecha relación en la unión de cara y cuello, una intervención de éstas sí puede ocasionar una parálisis facial completa o parcial..." (Médico Edgar Gerardo Ordoñez Mora - Fol.220); por su parte el médico Fernando Acosta Lleras, manifestó: "La paciente en referencia consultó...por presentar un tumor de la glándula parótida izquierda, fue vista por el doctor Alberto Chaya, fallecido, quien la programó para intervención quirúrgica de ese tumor y no pudo realizarse por estar dañado un aparato estimulador del nervio, aparato que permite durante el acto quirúrgico estimular las ramas del nervio facial ofreciendo una mayor seguridad a la cirugía puesto que la principal o una de las principales complicaciones de la cirugía de glándula parótida es la lesión del nervio facial...consideró más seguro para la paciente el ser remitida a otra institución como el Instituto Nacional de Cancerología que cuenta con todos los elementos y con personal de gran experiencia en este tipo de cirugía...Ninguna institución del mundo puede ofrecer una total garantía de recuperación sin consecuencias de ninguna intervención quirúrgica... Pues en el caso de la paciente aparentemente se presentó un accidente quirúrgico del cual se desprendió una parálisis facial de la paciente...La palabra accidente la utilizo en el sentido de que la lesión del nervio no es una cosa buscada por el cirujano...la naturaleza misma del tumor no puede conocerse sino después que se ha realizado el estudio histopatológico del tumor y este estudio se realiza después de operado el paciente...Existen en ocasiones adherencias muy firmes de tejido tumoral al nervio que pueden llevar a que el nervio se lesione en el momento de desprender el tumor, existen también variaciones anatómicas en el trayecto y en la distribución del nervio eso quiere decir que uno espera encontrar el nervio en un sitio determinado y no está ahí por variación anatómica...". (Fol.221-222).

11. Que la parálisis facial que afectó a la señora Mahecha v. de García, le ocasionó problemas de índole anímico, laboral y económico. (Fols.224 - 228).

De los hechos anteriormente relacionados y demostrados, la Sala infiere, sin lugar a dudas, que la parálisis facial que soporta la demandante, fue consecuencia de la intervención quirúrgica a que fue sometida en el Instituto Nacional de Cancerología por remisión que de ella hiciera la Caja de Previsión Social de Bogotá. Esta deducción, empero, no significa que la lesión facial haya sido resultado necesario de una falla en el servicio médico quirúrgico del Instituto mencionado.

Precísamente, como la responsabilidad administrativa reclamada se fundamenta en una falla o falta del servicio, corresponde a la parte actora demostrar que aquél no se había prestado, o se brindó en forma deficiente o inadecuada. Tal comportamiento probatorio no cumplió su cometido, pues apenas acreditó que la

intervención quirúrgica se había efectuado y que como secuela de la misma había sufrido la demandante la parálisis facial.

Pero, se pregunta, en qué consistió la falla o falta del servicio ? Según se advierte en la demanda, " no solamente la CAJA DE PREVISION SOCIAL DE BOGOTA *decidió no atender de manera directa* el caso quirúrgico por deficiencias reconocidas de su infraestructura y recursos médicos, sino que la institución a quien se le confió la intervención quirúrgica, el INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGIA, *incurrió en un grave error,* al haber LESIONADO DE MANERA TOTAL EL NERVIO FACIAL, de tal manera que la intervención quirúrgica le causó un daño irreparable...". (Fol 9). Al sustentar el recurso, afirma el recurrente que sí existió una falla en el servicio médico quirúrgico, ocasionada por la falta de previsión y descuido por parte de los facultativos encargados de la preparación e intervención...y que si se hubiese utilizado el ESTIMULANTE DE NERVIOS, la ANESTECIA (sic) GENERAL, y practicada la intervención con las previsiones que la pericia y profesionalismo en tales casos requeridos, no hubiese dejado tan lamentables resultados una simple intervención que por su naturaleza no ofrecía el más mínimo riesgo " (Fl.270).

Le correspondía entonces a la parte demandante demostrar el " grave error " del Instituto Nacional de Cancerología, " la falta de previsión y descuido " de los profesionales, el no uso del ' estimulador de nervios ' y la no aplicación de ' anestecia (sic) general ", presupuestos indispensables para estructurar la falla de la administración, cuya comprobación omitió el accionante, pues los mismos apenas quedaron relacionados.

Para la Sala no puede ser reprochable el proceder de la Caja de Previsión cuando conciente de sus propias limitaciones remitió la paciente en procura de un servicio más eficaz para su salud e integridad, al Instituto Nacional de Cancerología, institución ésta mejor dotada instrumentalmente y atendida por personal médico especializado en tales cirugías.

En lo relacionado con el " grave error ", " falta de previsión y descuido " de los profesionales que participaron en el procedimiento quirúrgico, ninguna comprobación al respecto aportó la parte accionante. De la prueba testimonial y documental (declaraciones de médicos, historias clínicas, exámenes de laboratorio, etc), ni de la experticia médica, se puede inferir una conducta quirúrgica errada o descuidada, porque procesalmente no se ha comprobado la ausencia del estimulador y mucho menos que no se hubiese intervenido bajo anestesia general. De otra parte, la capacidad profesional de los cirujanos y personal paramédico que actuaron en la operación, así como las condiciones técnicas y ambientales, en que la misma transcurrió, no permiten suponer siquiera que sobre ellas pueda estructurarse una falla del servicio.

Agréguese a lo anterior que la referida operación no es tan " simple " como la plantea la parte actora, porque no todos estos casos son idénticos, el manejo del nervio facial y sus ramificaciones cuando se adhiere al tumor mismo, la llamada

divulsión de las fibras, las variaciones anatómicas etc., son circunstancias que dificultan este tipo de intervención que por regla general ocasiona parálisis facial, pasajera o permanente, y de ahí que se constituya en un riesgo normalmente asumido en esta cirugía, la que además consistía en el único tratamiento indicado para el tumor que afectaba a la demandante, cuya naturaleza benigna o maligna no estaba con seguridad determinada, pues para lograrlo se requería un estudio patológico que solo al estirparlo se podía efectuar.

En este orden de ideas, al no existir en el proceso prueba alguna que permita cuestionar la idoneidad y capacidad profesional de los médicos y paramédicos que intervinieron en la referida operación, o que dé lugar a censurar las técnicas y procedimientos utilizados, o que demuestre insuficiente sepsis, instrumental inadecuado, condiciones clínicas inaceptables, etc., mal podría la Sala declarar probada una falla o falta del servicio médico de la Caja, o del Instituto Nacional de Cancerología, con base en las solas afirmaciones e hipótesis consignadas en la demanda y alegatos de la actora. De ahí que resulta acertada la conclusión del *a-quo* en este mismo sentido y, por consiguiente, proceda su confirmación.

La Sala en el caso bajo estudio observa una ostensible insuficiencia probatoria para acreditar la falla del servicio y, por el contrario, el proceso deja ver que los servicios administrativo, médico y clínico fueron idóneos y que la intervención se desarrolló en condiciones normales y sin complicaciones. En tales condiciones, mal podría calificarse el procedimiento quirúrgico por los resultados del mismo, cuando, en principio, la obligación profesional del médico es de medio y nó de resultado, y por consiguiente, para comprometer su responsabilidad se hace necesaria la demostración de que dentro de un ámbito normal de conocimiento y en un medio quirúrgico igualmente normal, el profesional incurrió en grave error originado en una actuación negligente, irresponsable y descuidada. Ya se advirtió que en tal sentido no existe comprobación procesal.

Ahora bien, como la responsabilidad que la actora endilga a las entidades oficiales demandadas se fundamenta en el régimen de la falla del servicio, y como se ha establecido que en el *sub-judice* este elemento no fue acreditado, se impone concluir que no se estructura la responsabilidad de la administración, y consecuencialmente, que no hay lugar a despachar favorablemente las pretensiones de la demanda, confirmándose así lo decidido en el fallo apelado.

Por último, con respecto a la tacha de los testimonios de Manuel Romualdo Dediego Raga y Crisóstomo Díaz Parada, formulada por el apoderado de la Caja de Previsión de Bogotá, la Sala encuentra acertada la apreciación del *a-quo* para desestimarla, por cuanto su fundamentación no permite establecer en los declarantes parcialidad de ninguna naturaleza, dado el contenido de sus testimonios y su respaldo en otros medios probatorios obrantes en el proceso.

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

FALLA :

Confírmase la sentencia apelada, esto es, la proferida el 11 de abril de 1991 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, cuatro (4) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA/ LEGITIMA DEFENSA -Inexistencia/ **PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

La policía, sin causa, motivo o razón, hirió al demandante, causándole lesiones. Ese proceder resulta a todas luces antijurídico, pues aún aceptando la tesis de que el demandante atacó con una navaja al agente, la reacción de éste resulta desproporcionada a la gresión, máxime si se tiene en cuenta que éste miembro de la fuerza pública no estaba solo sino acompañado. El Estado puede utilizar con toda energía, dentro de los límites impuestos por el principio de proporcionalidad, todos los medios de que dispone para impedir que el hombre realice conductas, antijurídicas, pero no tiene el poder de segar la vida humana, ni de torturar el hombre.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá D.C. junio once (11) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente No. 7102. Actor: Alvaro Holguín Castaño. Demandado: La Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional.

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 veintiseis (26) de Septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida por el Tribunal Administrativo del Quindio, en virtud de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda, por 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, tomado de las consideraciones del mismo, en el cual se razona judicialmente dentro del siguiente temperamento:

" Mediante escrito visible a folios 4 a 33 del C. 1, el señor ALVARO HOLGUIN CASTAÑO, por intermedio de apoderado, instauró demanda en ejercicio de la acción de reparación directa, contra la Nación Colombiana (Ministerio de Defensa - Policía Nacional), solicitando se le declare administrativamente responsable de las lesiones físicas sufridas y de la totalidad de daños y perjuicios a él ocasionados en hechos ocurridos el día 10 de junio de 1989 en la vereda " Alto de la Cruz " en el Municipio de Circasia (Q), cuando un Agente de la Policía Nacional disparó el arma de dotación oficial en su contra, y que, consecuencialmente, se le condene a pagar:

" 1. Por perjuicios materiales:

a) Todo lo que cueste el valor del pleito, incluidos los honorarios de abogado, de acuerdo con las tarifas de los Colegios de Abogados del Quindío y Bogotá; o que, subsidiariamente, sean fijados los honorarios y gastos profesionales, aplicando los artículos 4o. y 8o. de la Ley 153 de 1887 y 164 del C.P.C."

" b) El Daño Emergente en sus dos modalidades: - Pasado: por los gastos que haya tenido que efectuar, por lo menos, para conservar su buen estado de salud y, -Futuro: por los gastos que deba realizar para conservar su estado de salud."

"c) El Lucro Cesante por haberse reducido la capacidad laboral, tomando en cuenta el tiempo que dejó de laborar hasta obtener su recuperación parcial, multiplicando dicho tiempo por el número de mesadas, sumando primas, cesantías y vacaciones; subsidiariamente solicitó que se fije el equivalente en pesos, a la fecha de ejecutoria de la sentencia, el valor de 4.000 gramos oro."

"2. Por Perjuicios Morales. reclama el equivalente en pesos a 1.000 gramos oro, al precio que se encuentre el metal a la fecha de ejecutoria de la sentencia."

"3. Por Intereses: que se le paguen intereses comerciales desde la fecha de ejecutoria de la Sentencia y transcurridos seis (6) meses los de mora.

" Por último solicita que se dé cumplimiento a la sentencia dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de su ejecutoria."

" En el capítulo de " HECHOS " de la demanda, visible a fls. 13 a 18 del C. 1, el actor dio cuenta de lo siguiente: de que para el día 10 de junio de 1989 los señores MARIO ENRIQUE VARGAS OSORIO y OMAR TORRES MADERA prestaban sus servicios como Agentes de la Policía Nacional, adscritos a la Estación de Policía de Circasia (Q); de que en ejercicio de sus funciones efectuaban un patrullaje en el Barrio " ALTO DE LA CRUZ " de la comprensión territorial de Circasia, durante el cual " Tomaron contacto con el señor ALVARO HOLGUIN CASTAÑO e inobservando las reglas propias del procedimiento de requisas, lo requirieron para tal efecto, maltratándolo y obligándolo como único medio de defensa a huír del lugar, situación que fue aprovechada por el uniformado MARIO ENRIQUE VARGAS OSORIO,

quien utilizó su carabina de dotación oficial, ocasionándole heridas en sus dos extremidades inferiores, propiamente a la altura de la rodilla.". También dío cuenta de que los dos agentes mencionados se encontraban en ejercicio de sus funciones, uniformados y portando el armamento de dotación oficial, utilizándolo irregularmente, por lo que se dio la falta o falla en el servicio o en la administración o falta o falla en el servicio presunto; de que las heridas que se le ocasionaron le dejaron como consecuencia " perturbación funcional del órgano de la marcha de carácter permanente; de que se desempeñaba como agricultor y de que aquellas lesiones lo dejaron incapacitado para continuar desempeñando sus labores habituales y, de que, por tales hechos reclama perjuicios materiales y morales."

" Como " FUNDAMENTOS JURIDICOS " (fl. 18, C. 1) el actor señaló una serie de artículos y explicó el " CONCEPTO DE LA VIOLACION " (fls. 19 a 24, C. 1) de las normas allí señaladas."

" La entidad demandada no contestó la demanda ".

" Corrido el traslado para alegar, el apoderado de la parte demandante hizo uso de tal derecho. En su oportunidad legal, el señor Fiscal del Tribunal emitió concepto favorable a las pretensiones de la demanda, abogando porque la liquidación en concreto, en relación con la indemnización de los perjuicios materiales y morales sea equitativa y se ajuste a la ley."

" Agotado el trámite procesal, de conformidad con la ley, la Sala dictará el fallo correspondiente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES :

" La legitimación, tanto activa como pasiva, resultó acreditada con la investigación penal adelantada al Agente de la Policia Nacional MARIO ENRIQUE VARGAS OSORIO por las lesiones causadas al actor en este proceso (fls. 1 a 275, del Cuaderno contentivo del Proceso Penal), así con la constancia expedida por el Comandante de la Estación de Policía de Circasia (Q), visible a fl. 12 del C. 2."

" En relación con el fondo del asunto se tiene:

" Reiteradamente el CONSEJO DE ESTADO ha sostenido que para la prosperidad de la pretensión resarcitoria por perjuicios que se reclaman a la administración, deben configurarse, en su totalidad, los elementos integradores de este tipo de responsabilidad."

" 1. Un hecho o una omisión constitutivos de una falla en la prestación del servicio a cargo del Estado."

" 2. Un daño que configure lesión o perturbación de un bien jurídicamente tutelado, Y,

" 3. Un nexo causal entre los dos elementos anteriores."

" Y la administración para exonerarse debe probar la fuerza mayor, la falta de la víctima o el hecho de un tercero."

" 1. Un hecho o una omisión constitutivos de falla en la prestación del servicio a cargo del Estado: El hecho alegado por el demandante hace referencia a que fue objeto de heridas sufridas en sus dos extremidades inferiores, ocasionadas por el Agente de la Policia Nacional MARIO ENRIQUE VARGAS OSORIO, quien utilizara su Carabina de dotación oficial para tal efecto, luego de haber sido requerido para una requisa para la cual se inobservaron las reglas propias. del procedimiento."

" El hecho de que el actor fue herido por un agente de la policía y con un arma de dotación oficial, aparece claramente demostrado con el Oficio No. 158/ QDARM del Comandante de Estación de Policía Circasia (fl. 12, C.2), donde consta que el arma en mención fue la Carabina M=1 No. 3261861 Las providencias penales que obran en el expediente son plena prueba sobre la ocurrencia de los hechos en que resultó lesionado el actor (fls. 176 a 197, 219 a 225 y 259 a 266 del Cuaderno contentivo del proceso penal).

" Para el caso en cuestión, pueden traerse a colación los siguientes apartes de jurisprudencia del CONSEJO DE ESTADO."

" c) La Sentencia penal, absolutoria o condenatoria constituye plena prueba sobre la ocurrencia del hecho juzgado...

" La sentencia penal absolutoria de un agente de la administración no implica que no pueda existir falla del servicio...

e) Péro cuando la responsabilidad de la administración no puede escindirse de la conducta que observó su agente porque está subsumía íntegramente en la actuación de éste, la sentencia absolutoria en cuanto define que el sindicado...obró...en legítima defensa, el valor erga omnes de cosa juzgada de la correspondiente sentencia penal tiene plena aplicación."

" f) Sin embargo, cuando esa responsabilidad sí puede escindirse de la conducta del agente, lo que sucede por ejemplo, ...cuando no obstante que el agente obró en legítima defensa, se demuestra que la administración fue negligente en la escogencia de su agente u omitió medidas de prevención o seguridad que eran indispensables..., podía existir responsabilidad de la administración no obstante la absolución penal del agente ". (EXTRACTOS DE JURISPRUDENCIA. CONSEJO DE ESTADO. 1.989, Tomo VI. Extracto No. 100 Pág. 282)."

" Como puede observarse en la investigación penal adelantada contra el Agente de la Policía Nacional, MARIO ENRIQUE VARGAS OSORIO, se dictó sentencia absolutoria por cuanto el agente obro en legítima defensa, lo que no obsta para que exista responsabilidad de la administración, tal como lo ha dicho el Consejo de Estado. Al respecto la Sala toma el Concepto Fiscal rendido en este Proceso, así:

" El procedimiento denominado requisa desde un principio fue irregular, porque esta, practicada por dos agentes que tuvieron formación profesional para efectuar tales actividades, lógicamente debieron detectar la presencia de un cuerpo extraño que bien pudo deducirse se trataba de una arma y, por tanto en primer término debió el agente proceder a desarmar al individuo, lo cual no era peligroso porque como se demostró otro agente prestaba la correspondiente protección."

" No encuentra justificación la actitud negligente de los agentes de policía al no portar las esposas cuando salieron a efectuar el procedimiento, donde se supone podían necesitarlas como efectivamente sucedió, porque si las hubieran utilizado no habría intentado la huída el capturado."

" La utilización de medios inadecuados como la fuerza los maltratos de hecho y de palabra que se ejercieron tratando de obtener información y confesión del retenido, chocan con los más elementales principios que orientan los derechos humános (sic) y que están prohibidos expresamente por la (sic) leyes."

"...el arma de dotación oficial, sólo puede utilizarse en caso de necesidad y ésta también se explica y enseña en los distintos cursos tanto de ingreso, como de actualización y ascenso a que asisten los miembros de la Institución."

"..." (Fls. 77 a 81, C. 1)."

" De acuerdo con lo anterior la administración, a través de su agente, omitió medidas de prevención o seguridad indispensables para proteger la vida e integridad personal de la víctima, por lo que se dio la falla del servicio, que para el asunto en cuestión también puede ser presunta por cuanto hubo utilización del arma de dotación oficial:"

" El juez, al calificar la realidad histórica del proceso, y prevaliéndose del principio " *iura novit curia* ", goza de la facultad de determinar el regímen jurídico de responsabilidad aplicable al caso concreto objeto de la decisión. El arma de dotación oficial, por su peligrosidad, al ser nexo instrumental en la causación del perjuicio, compromete de por sí la responsabilidad del ente público a quien el arma pertenece, sin necesidad de que se pruebe la falla del servicio, que por demás bien puede existir. Cuando se prueba que el nexo instrumental (arma) con el cual se ha causado un perjuicio, era de dotación oficial, se presume que el perjuicio es debido a una falla en la prestación del servicio.". (Op. Cit. Tomo V. Extracto N2. 93, pág. 258)."

" 2o. Un daño que configure lesión o perturbación de un bien jurídicamente tutelado: En relación con este elemento, estima la Sala que por tratarse de una " perturbación funcional del órgano de la marcha de carácter permanente ", como lo dice el demandante en el hecho 4o. de la demanda, debe probarse dicho daño con una prueba técnica, esto es, con el dictamen médico legal al respecto, así como con la copia de la historia clínica donde consten las lesiones sufridas, el tratamiento y las intervenciones quirúrgicas, y en los cuales debe figurar si la perturbación que se dice producida, fue realmente ocasionada por la herida sufrida con el arma de fuego, o si tal perturbación venía de tiempo atrás y no solo demostrarse con las declaraciones que obran en el proceso sobre dicho aspecto, ya que no puede tenerse en cuenta el dictamen practicado al lesionado dentro del proceso penal (fls. 18 y 214 del Proceso Penal), puesto que de este no se solicitó traslado con el fín de que fuera conocido por la entidad demandada y como el Consejo de Estado lo ha exigido, las pruebas practicadas dentro del proceso penal deben ser debidamente ratificadas dentro del proceso de responsabilidad."

" Las declaraciones junto con el dictamen médico legal y la historia clínica, permitirían a la Sala analizar las pruebas en conjunto y darles el mérito que les correspondiera, de acuerdo con el principio de la sana crítica."

" Extraña la Sala que el demandante no haya acudido al examen médico legal decretado a petición suya, con el cual hubiera podido aparecer demostrado el daño, pues siendo él el directamente perjudicado debió poner toda la diligencia y empeño para probar el daño sufrido y el perjuicio causado con el mismo."

" Por las razones aducidas, considera la Sala que no aparece demostrado el daño, por lo que mal podría existir relación de causalidad con el hecho constitutivo de la falla del servicio; por lo tanto no se estudia el tercer elemento constitutivo de responsabilidad de la administración." (Fls. 89 a 95 C. 1).

- II -

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 98 y siguientes del Cuaderno No. 1, obra el escrito en que el apoderado de la parte demandante hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, para lo cual argumenta dentro del siguiente universo:

FUNDAMENTO DE LA SENTENCIA

" Al analizar el segundo elemento formador de la falla administrativa en la prestación del servicio policivo, la sentencia concluye en su no existencia ante la ausencia probatoria sobre el particular. Extraña al fallador de instancia la falta de acuciosidad del demandante para obtener un experticio médico-legal, y desestima de paso un similar a este último logrado para el proceso penal,

concluyendo entonces que se rompe el cuadro exigido por la jurisprudencia para condenar a la demandada."

IMPUGNACION

" Con el acostumbrado respeto, disentimos de la posición del juez *a-quo,* por cuanto el proceso en sí aporta suficientes y amplios elementos probatorios no hallados por aquél para decidir conforme a las pretensiones demandatorias."

" Desechar de plano un dictámen médico legal practicado dentro del proceso penal es negar el desarrollo de todo un proceso penal válidamente practicado, por autoridad competente, concluyente de una investigación efectuada con ocasión de la vulneración del bien jurídico de la integridad personal de quien mediante la actuación administrativa, pretende el resarcimiento de los perjuicios derivados del menoscabo. Expediente penal que fue oportunamente pedido en copia íntegra y autenticada, y decretado su acercamiento al proceso como prueba documental por ese tribunal, factor éste que por sí solo obliga al fallador a darle valor legal que las normas le atribuyan."

" No debemos olvidar que el haz probatorio logrado debe ser analizado en conjunto, no independientemente; de allí que la prueba testimonial lograda en el expediente aunada a la documental, entre la que se cuenta el expediente penal permitiría conclusiones bien diversas a las logradas por el juzgador de primera instancia, permitiendo la declaratoria de responsabilidad administrativa, conforme fuera solicitada desde el libelo."

-III-

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia impugnada será revocada, pues el *ad-quem* no hace suya la valoración jurídica, fáctica y probatoria que hizo el tribunal. En el caso en comento es verdad probada la existencia de la falla del servicio. Para llegar a esa conclusión basta apreciar el Informe que el Comandante de la Estación de Policía (Circasia) envío al fallador de primera instancia en el cual se relatan las siguientes circunstancias:

" 1o. Las funciones que cumplia el Agente: MARIO ENRIQUE VARGAS OSORIO, para el 10 de Junio de 1990 según el libro de servicios que se tenia para esa fecha en la Estación, figura como " Disponible " anotación que aparece en el folio Nro. 188."

" 2o. El armamento que poseia como dotación según el libro de servicios hera (sic) la carbina M-1 Nro. 3261861."

" 3o. Las lesiones de Alvaro Holguín Castaño, según anotación en el libro de población, folio 71 y 72 se produjeron con la carabina M-1 Nro. 3261861."

" 4o. En el libro de población donde se radican los casos sucedidos en el folio 71 y 72 con fecha 10-06-89 a las 18:45 horas se encuentra la siguiente anotación: A esta hora en el Alto de la Cruz de esta localidad fue herido el sujeto, Alvaro Castaño Holguín, 30 años, natural Circasia, soltero, analfabeta, indocumentado, sín profesión, residencia desconocida, hijo de Ricardo y Elicenia, quien presenta un impacto en ambas piernas con orificio de salida, con arma de fuego carabina M-1 # 3261861 de dotación oficial del Agente, Vargas Osorio Mario Enrique, C.C. # 93.366.619 de Ibagué Tolima, placa # 78004 y al momento de practicarsele una requisa se le encontró en su poder 12 papeletas de Bazuco, atacando con una navaja al Agente, antes mencionado, debiendo hacer uso del arma en legítima defensa, ya que se encontraba en un patrullaje urbano con el Agente: Torres Madera Omar, siendo trasladado el lecionado (sic) al Hospital Armenia."

Como si lo anterior fuera poco, la Sala destaca a continuación, en lo pertinente, lo expuesto, por los declarantes Dolly Forero de Guerra y Alba Mery Guzmán Cuervo, quienes ilustran al setenciador dentro del siguiente marco:

" DOLLY FORERO DE GUERRA. Persona de 29 años de edad, alfabeta, madre comunitaria, casada y sin impedimento alguno para declarar, dijo:

" Va a hacer como dos años pero no, recuerdo la fecha, ese día yo fuí donde mi mamá quien vive a un ladito de la casa mía entonces yo salí a la calle cuando ví que dos agentes de la policía le estaban pegando patadas, puños a ALVARO no recuerdo el apellido, le tiraron el sombrerito al suelo y lo agacharon dándole pata para que lo recogiera, entonces yo les dije que no le pegaran que lo llevaran al cuartel y que ellos tenían cuartel y que si había hecho algo malo que lo castigaran allá, eran dos agentes uno moreno y otro blanco, alto, delgado, no sé los nombres de ellos, entonces el moreno me dió un empujón y me dijo " que dejara de ser metida, lanvona (sic), que no era de la familia mía ni nada " y me tiro contra un cerco que hay en la casa, y me arañó levemente con el alambre de púas de la cerca, en ese momento que el agente me empujó el señor ALVARO salió corriendo hacía abajo por la cañada por la calle 2da., entonces yo ví que el blanco se fué por encima por el alto a bajar a la cañada y el morocho sacó el rifle o la escopeta y se tiró por la cañada abajo y yo oí un tiro cerquita y lo hizo el policía moreno, el tiro lo escuché cerquita de donde estaba yo, y después oí otro tiro pero no se quien lo hizo, no es más."

"..."

" *PREGUNTADO:* Sírvase decirnos si en algún momento usted pudo observar si, el señor ALVARO HOLGUIN tenía alguna clase de arma ? *CONTESTO:* Yo no le ví nada de arma a él. *PREGUNTADO:* Sírvase decirnos si el señor ALVARO HOLGUIN en algún momento agredió a los señores agentes del orden ? *CONTESTO:* No señor, él no les tiró, no los insultó solamente decía que no lo aporriaran así."

" *ALBA MERY GUZMAN CUERVO.* Persona de 24 años de edad, soltera, administradora de un restaurante escolar, sin parentesco con las partes, destaca:

" Yo estaba en mi casa situada aquí en Circasia a mismo por el alto, pero no por donde vivo ahora, hace como año y medio yo estaba ahí parada en la puerta de mi casa cuando bajaron dos agentes aporriando a ALVARO, eran como de cuatro y media a cinco de la tarde, lo llevaban aporriándolo y tratándolo mal, cuando como a la media cuadra lo pararon y empezaron a aporriarlo, le daban en la cara con las manos, le pegaban con ese bolillo que ellos cargan y ahi salió una señora Dolly y le dijo que si se lo iban a llevar que se lo llevaran pero que no lo aporriaran, la señora es DOLLY FORERO, entonces ahí mismo un agente de esos dijo que eso era cosa de ellos y que a nadie le importaba, entonces ahí mismo un policía le empujó a ella y le hizo repelar un brazo, entonces ALVARITO, apenas vió que rempujaron a esa señora y que estaba alegando con ella los policías se abrió a correr por una calle de esas no se cual y fue a dar a una cañada, al frente de la cañada había unos niños y uno de los agentes el mono, alto del cual no sé el nombre empezó a disparar, pues eran dos los agentes el otro era moreno, ese agente que disparó no se fijó que habían niños, el policía moreno salió por encima por donde yo vivía y el otro siguio a ALVARITO por la cañada, entonces nosotros arrancamos a correr por ahí por donde se fué el policía moreno y cuando llegamos a la cañada el policía alto, mono había herido a Alvaro, cuando llegamos a la cañada ALVARO estaba en el suelo y le dijo al policía que lo hirió que no lo dejara inválido que lo acabara de matar y éste le contestó que para eso estaba bueno y le puso el arma de él en la cabeza y no le disparó porque todos gritamos que era conocido, de ahí lo alzaron personas particulares porque los agentes no lo quisieron alzar y el policía moreno llegó con la patrulla o sea el carro de la policía y allí lo subió otro muchacho del cual no sé el nombre aunque lo distingo."

Dentro del marco de circunstancias que se desprenden de la prueba anterior, no hay espacio para la duda que impida concluír que la policía, sin causa, motivo o razón, hirió al demandante, causándole las lesiones a las cuales se hará referencia posteriormente. Ese proceder resulta a todas luces antijurídico, pues aún aceptando la tesis que se recoge en el oficio que el Comandante de la Estación de Policía Circasia, dirigió al tribunal, el día 13 de Febrero de 1.991 (C. 2, folio 12), en el sentido de que el demandante atacó con una navaja al Agente Mario Enrique Vargas Osorio, la reacción de éste resulta desproporcionada a la agresión, máxime si se tiene en cuenta que éste miembro de la fuerza pública no estaba solo sino acompañado del agente TORRES MADERA OMAR.

Para casos con el universo que tiene el presente, la Corporación reitera la filosofía que destacó en sentencia de 6 de Septiembre de 1990, Expediente No. 5059, Actor Eugenio Ibarra Mina, Consejero Ponente, Dr. Carlos Gustavo Arrieta Padilla, en el cual se lee:

"...esta jurisdicción, al ser la encargada de juzgar la responsabilidad administrativa del Servicio Público que es la Policía Nacional, debe tener muy

presente que dicho servicio público tiene como función especial que lo define, entre otros, *el manejo de situaciones por naturaleza similar a la que se refiere el presente proceso, y que sus miembros, por su mismo carácter de tales, deben estar preparados precisamente para enfrentar adecuadamente hechos como los que originaron el sub-lite. Por ello no puede valorarse la legítima defensa de los agentes de la Policía Nacional, con ocasión del servicio a que están obligados, en términos idénticos a los de un particular, puesto que para los primeros se supone una mayor profesionalidad y preparación en la forma de hacer frente a hechos relacionados con el orden público.* Ello requiere, en consecuencia, que la muerte de un ciudadano cualquiera en circunstancias como las enunciadas en el *sub-lite,* y como producto de la legítima defensa, sea el desenlace inevitable que resulta del grave e inminente peligro para la vida de los agentes del orden público, peligro que no pudo ser conjurado por éstos aún a pesar de sus esfuerzos profesionales para capturar con vida al delincuente. Ello, indudablemente debe demostrarse en el proceso."

En el caso en comento la excusa de la conducta delincuencial es inaceptable, pues como ya se dijo, una agresión con una NAVAJA no amerita, en ningún caso, que ella se repela con CARABINA M-1, esto es, con la No. 3261861 de que habla el oficio ya citado. Así las cosas, la falla del servicio resulta clara.

B) Es verdad que en el caso *sub-examine* el agente de la Policía Nacional, señor MARIO ENRIQUE VARGAS OSORIO fue absuelto por los vocales que integraron el Consejo de Guerra Verbal, decisión que fue acogida por el Presidente del mismo, en providencia calendada el día catorce de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve (1.989), pero dado el universo que ella tiene, se impone concluír que no vincula al juez administrativo. En tal proveído se acepta que el demandante atacó con UNA NAVAJA al agente del orden pero se acepta la legítima defensa, entre otros, con el siguiente argumento:

> "5. Proporcionalidad entre la defensa y la agresión, que se debe considerar no en abstracto sino en concreto ya que quien se defiende apela en su conflicto o angustia a los recursos que tiene a su alcance, sin que sea posible en tan apremiantes circunstancias, calcular si el arma del agresor es igual, inferior o superior a la suya. Solo el atacado conoce su miedo y...su peligro, cuando uno se siente amenazado y en peligro inminente frente a un agresor sorprendido infragante y posiblemente bajo los efectos de estupefacientes como HOLGUIN CASTAÑO exigir mesura y reposo de parte del policial es una exigencia que solo puede hacer a una persona que no ha pasado por momentos aciagos. Elemento subjetivo éste que en conjunto con lo real y objetivo forman un total de elementos de convicción sin que se traspasen los limites del sentido común. Analizando ese conjunto, se llega a la conclusión de la existencia de la legítima defensa, sin que se presente exceso en la misma."

Para el *ad-quem* toda esa argumentación resulta vacía de contenido jurídico, y no deja bien librada a la administración de justicia.

Frente a situaciones como la que se deja descrita, la Corporación reitera la filosofía que en más de una ocasión ha consignado en fallos en que ha condenado a la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL, por atentados contra la dignidad humana. En ellos se ha afirmado que la Administración, cualquiera que sea la forma de actuación y cualquiera que sea la realidad social sobre que recaiga, ha de respetar como algo SAGRADO e INVIOLABLE, la dignidad de la persona humana, que es fundamento del orden político y de la paz social. El Estado puede utilizar, con toda energía, dentro de los límites impuestos por el PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD, todos los medios de que se dispone para impedir que el hombre realice conductas antijurídicas, pero no tiene el poder de segar la vida humana, ni de torturar al hombre,. La autoridad no es, en su contenido sustancial, UNA FUERZA FISICA. Los integrantes de la fuerza policiva deben actuar siempre con la especial consideración que demanda la persona humana, pues como lo recordaba Tomás y Valiente, al terminar una conferencia sobre la tortura judicial, en la Universidad de Salamanca, en 1971 ," no hay nada en la creación más importante ni más valioso que el hombre, que todo hombre, que cualquier hombre."

C) Para darle mas fuerza de convicción a la presente sentencia, la Sala reitera la pauta jurisprudencial que fijó en sentencia de 27 de junio de 1991, Expediente Nro. 6249, Actor Ricardo Antonio Serna, Consejero Ponente, Dr. Carlos Betancur Jaramillo, en la cual 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 tambien la falla en que incurrió la administración. En síntesis, se aplican, en cada campo, las normas propias. Y esto permite entender, asimismo, porqué 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 habría que condenarla siempre en el caso contrario. Lo que permitiría también aceptar una idea inadmisible, o sea la existencia de una misma normatividad para juzgar la conducta 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."

D) La Sala no patrocina los razonamientos judiciales del tribunal, que lo llevan a descartar la falla del servicio con el argumento de que no se demostró el daño, pués este, a su juicio, requiere una prueba técnica. Olvidó quien así razona que en el expediente obra el dictamen de medicina legal, aportado dentro de la investigación penal, en el cual se lee:

" Examinado hoy y revisado la Historia Clínica presenta a nivel de rodillas heridas producidas por proyectil de arma de fuego que debido a su cicatrización final es imposible decir cuáles son entradas y cuáles salidas. Rodilla izquierda; herida a nivel del tercio distal del muslo en cara anterior y otra en el tercio distal de la cara media del muslo. Rodilla derecha: herida en el tercio distal de la cara interna de muslo derecho y salida en la cara anterior de la rodilla, según los RX hay fractura de rótula y fémur. Incapacidad provisional 60 días.

Dentro del temperamento anterior, y aunque el dictamen no se haya puesto en conocimiento de las partes, él constituye prueba del DAÑO que, por lo demás, tambien es destacado por los declarantes a que ya se hizo referencia. Así las cosas, sólo hace falta definir cuál fue la incapacidad definitiva que tuvo el demandante, y si como consecuencia de las heridas recibidas le quedaron secuelas. Por ello la condena al pago de perjuicios materiales se hará en abstracto, para que se concrete a través del trámite incidental y con sujeción a lo preceptuado en el artículo 137 del C. de P. Civil. El incidente deberá presentarse 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.* Para la liquidación se deberán seguir las siguientes pautas:

PRIMERA. Se tomará en cuenta el salario mínimo legal vigente para el año de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

SEGUNDA. Por médicos de Medicina del Trabajo, se fijará la incapacidad definitiva temporal, permanente parcial, permanente total, o de gran invalidez sufrida por el demandante ALVARO HOLGUIN CASTAÑO, como consecuencia de la lesión;

TERCERA. Se indemnizará la incapacidad definitiva temporal, certificada por los médicos teniendo en cuenta el salario mínimo vigente para el año de 1989.

CUARTA. Se indemnizará la incapacidad permanente parcial o la incapacidad permanente total, o la gran invalidez, teniendo en cuenta también el salario mínimo de 1.989 y distinguiendo dos períodos: a) El transcurrido entre el momento en que ocurrió la tragedia (junio 10 de 1989) y la fecha de ejecutoria de este fallo; b) El futuro, o sea el que corre a partir del dia siguiente al de la ejecutoria y la vida probable del demandante, atendiendo las Tablas Colombianas de Mortalidad aprobadas por la Superintendencia Bancaria, las que se acercarán a los autos en el trámite incidental. La liquidación por ambos períodos se hará teniendo en cuenta sólo la incapacidad laboral determinada por los médicos, es decir, el porcentaje fijado por éstos;

QUINTA. Las condenas se actualizarán, de acuerdo con las orientaciones de la jursiprudencia de la Sala, para lo cual se aportarán al expediente los índices de precios al consumidor, certificados por el DANE.

E) Por concepto de perjuicios morales, la Sala condenará al pago de trescientos gramos (300) de oro fino, que deberán ser cubiertos con el precio nacional que este metal tenga en el momento de quedar ejecutoriada esta sentencia.

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

F A L L A :

1) REVOCASE la sentencia calendada el día veintiseis (26) de Septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991), proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, dentro del proceso del rubro, por las razones dadas en los considerandos de este proveído, y, en su lugar *RESUELVE:*

a) Declárase que la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL, es administrativamente responsable de las lesiones sufridas por el

Señor ALVARO HOLGUIN CASTAÑO, dentro del marco de circunstancias que se dejaron relatadas en los considerandos de este fallo;

b) Como consecuencia de la declaratoria anterior, se condena en abstracto a la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL, a pagar al señor ALVARO HOLGUIN CASTAÑO, los perjuicios materiales que se le causaron, los cuales se liquidarán siguiendo el trámite incidental establecido en el artículo 137 del C. de P. Civil y las pautas dadas en los considerandos de esta sentencia. 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.*

c) Condénase igualmente a la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL a pagar al señor ALVARO HOLGUIN CASTAÑO, a título de perjuicios morales, la cantidad de trescientos (300) gramos de oro fino, los cuales se deberán cubrir con el precio nacional que el referido metal tenga en el momento de quedar ejecutoriada esta sentencia.

d) Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

e) A este fallo se le deberá dar cumplimiento en los términos consagrados en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

f) Expídanse las copias con destino a los interesados con las constancias de rigor.

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

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: Se reitera, además, sobre el tema de legítima defensa, la jurisprudencia contenida en sentencia de septiembre 6 de 1990, Exp. 5059, Actor: Eugenio Ibarra.

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA/ FALLA EN LA ELECCION/ FALLA EN LA VIGILANCIA/ CULPA PERSONAL DEL AGENTE- Inexistencia

El agente de policía en vacaciones o en franquicia no deja su carácter de tal y menos se puede despojar de sus deberes y obligaciones. La administración responde por el servicio y dentro de él están las personas que lo hacen posible (su elección y vigilancia), las que tiene que estar sometidas a un régimen cuidadoso de disciplina que cobija todos los actos de su vida, porque la administración ejecutora del servicio, responde cuando tolera a ciertos individuos en su seno, de mala conducta, porque así crea para los usuarios el riesgo de la falta personal de sus agentes. En otras palabras, porque si la administración tolera a un antisocial en sus filas, deberá responder hasta por la culpa personal de ésta.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá D.C. Junio doce (12) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente Nro. 6982. Actor: Beatriz del Carmen Correa de Rivas. Indemnizaciones.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 2 de agosto de 1.991, mediante la cual el tribunal administrativo de Córdoba denegó las súplicas de la demanda.

Súplicas o pretensiones que fueron formuladas en el libelo de mayo de 1.990, de la siguiente manera:

" *PRIMERA:* Que se declare a la Nación Colombiana, Dirección General de la Policía Nacional, civil o administrativamente responsable de la muerte del

ciudadano CARLOS JERONIMO RIVAS CORONADO, ocurrida el día 11 del mes de junio del año de 1.988, en jurisdicción del Municipio de Puerto Escondido, Departamento de Córdoba, sitio denominado " La Apartada ", como consecuencia de los disparos que en forma injustificada le hiciera el Agente del F-2 de la Policía Nacional, FRANCISCO LUIS GIRALDO GONZALEZ, en complicidad con el también Agente del F-2 JOSE HOLMES CASTAÑO.

" *SEGUNDA:* Que como consecuencia de la declaración anterior, y por vía de reparación directa, se condene a la Nación Colombiana (Dirección General de la Policía Nacional) a pagar por mi conducto, a los señores BEATRIZ DEL CARMEN CORREA DE RIVAS, PABLO ANTONIO RIVAS NARANJO Y EULALIA ISABEL CORONADO DE RIVAS, como perjuicios morales subjetivos, el valor equivalente a un mil (1.000) gramos oro para cada uno de ellos, o los que resulten probados, en su condición de esposa y padres legítimos, respectivamente, del fallecido CARLOS JERONIMO RIVAS CORONADO.

"*TERCERA:* Condenar por la misma causa a la Nación Colombiana (Dirección General de la Policía Nacional), a pagar, por mi conducto, a los señores LIGIA ISABEL, ALINA DEL CARMEN, GERMAN RAMON, HERNANDO ANTONIO, AIDA DEL SOCORRO, MARTHA CECILIA, CLARA ISABEL, DOMINGO JOSE Y ALFONSO RAFAEL RIVAS CORONADO, como perjuicios morales subjetivos, el valor equivalente a quinientos (500) gramos oro para cada uno de ellos, o los que resulten probados, en su condición de hermanos legítimos del difunto CARLOS JERONIMO RIVAS CORONADO.

" *CUARTA:* Que el precio del oro para efectos de las anteriores condenas sea el que certifique el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de la sentencia que se profiera en el presente proceso.

" *QUINTA:* Que igualmente se condene a la Nación Colombiana (Dirección General de la Policía Nacional) a pagar a la señora BEATRIZ DEL CARMEN CORREA DE RIVAS y a los esposos PABLO ANTONIO RIVAS NARANJO Y EULALIA ISABEL CORONADO DE RIVAS, los perjuicios materiales sufridos por la muerte de su esposo e hijo legítimo, respectivamente, CARLOS JERONIMO RIVAS CORONADO, que se demuestren en el curso del proceso o posteriormente por el procedimiento señalado en el Artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

" *SEXTA:* Que a las sumas reconocidas por concepto de los perjuicios materiales se les aplique la corrección monetaria o se ajuste su valor al momento en que se dé cumplimiento a la sentencia, conforme al Artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

" *SEPTIMA:* Que la sentencia que resuelva el presente proceso sea cumplida por la entidad demandada dentro del término del Artículo 176 del Código Contencioso Administrativo. Caso contrario, que pague intereses comerciales

en los primeros seis (6) meses contados a partir de la fecha de su ejecutoria y moratorios de ahí en adelante, según lo establecido en el Artículo 177 de la misma codificación.

" *OCTAVA:* Que se me reconozca el carácter de apoderado especial de todos los demandantes, en los términos y para los efectos del poder que tuvieron a bien conferirme y en virtud del cual acciono."

En la misma demanda se narraron, en síntesis, los siguientes hechos:

1) Que el día 11 de junio de 1988 el señor Carlos Jerónimo Rivas Coronado tomó, en compañia de su esposa doña Beatriz Correa Esquivel, un bus para trasladarse a la Finca " Cielito " debiendo bajarse en un sitio denominado " La Apartada " del Municipio de Puerto Escondido; y cuando el bus estacionó en el sitio donde Carlos Jerónimo Rivas debía bajarse, éste bajó y se aprestaba a recibir una caja que iba en la parte de arriba del vehículo cuando fué atacado a bala causándole la muerte en forma instantánea, por los agentes de la Policía Francisco Giraldo González y José Holmes Castaño.

2) El 14 de junio de 1988 el Doctor Domingo Rivas C. formuló demanda por la muerte de su hermano Carlos Jerónimo, sindicando a dos agentes de la policía nacional.

3) Que el juzgado de instrucción dictó medida de aseguramiento contra los agentes Luis Giraldo González y José Holmes Castaño, como autores del ilícito; providencia que fué confirmada el 3 de abril de 1988 por el Tribunal Superior de Montería.

4) Que la Procuraduría delegada para la policía nacional, investigó disciplinariamente a los agentes mencionados por los mismos hechos.

El *a-quo,* luego del trámite de rigor denegó las súplicas de la demanda, con el argumento de que la conducta de los agentes no pudo comprometer la responsabilidad del Estado, porque fué exclusivamente personal. Arguye que no puede configurarse la falla del servicio por el incumplimiento del deber de seleccionar a sus colaboradores, porque sería peligroso para la entidad, la que no puede hacer un seguimiento riguroso a cada uno de sus servidores.

Del fallo en cuestión se destaca el siguiente aparte:

" Siguiendo el esquema anotado se tiene que:

" 1. Los hechos ocurrieron el día 11 de Junio de 1988, siendo aproximadamente las 4 de la tarde.

" 2. El agente José Holmes Castaño se encontraba en horas del servicio, presumiblemente custodiando un carro tanque que transportaba gasolina y

A.C.P.M. de Coveñas a Frasquillo, Corregimiento de Tierralta, por lo tanto, si adivino el perjuicio en horas del servicio.

" 3. El agente Giraldo González gozaba de vacaciones, por consiguiente no advino el perjuicio en horas de servicio.

" 4. No está demostrado en el proceso que los agentes hayan utilizado instrumento del servicio; pero sí es fácil deducir por la declaración del señor Ever Manuel Rodríguez y de la señora Beatriz Correa de Rivas, que no estaban uniformados.

" 5. No hay la menor duda que la actuación de los agentes no fué con el deseo de ejecutar un servicio. Todo lo contrario, de las pruebas se infiere la actitud totalmente desligada de las funciones inherentes a su cargo y que no actuaron bajo la impulsión de un servicio.

" Se puede colegir entonces que existe, en principio, un nexo temporal de segunda especie, consistente en que los sucesos se dieron, respecto de Holmes Castaño (conductor de la moto), en horas de servicio, apreciación ésta que se juzgará a la luz de lo acontecido, por cuanto la sola particularidad del ámbito temporal del servicio no compromete a la administración.

"El señor José Holmes Castaño, agente de la Policía Nacional, fué comisionado por la institución para un servicio especial, esporádico e inusual, resguardar un carro tanque que transportaba gasolina y A.C.P.M. de Coveñas (departamento de Sucre) al corregimiento Frasquillo, Municipio de Tierralta, Departamento de Córdoba. No obstante, se le acusa de encontrarse en el lugar donde fué abatido el señor Carlos Jerónimo Rivas Coronado (entrada al Municipio de Puerto - Escondido, carretera que conduce de Montería a Arboletes - Antioquia), alejado totalmente de la ruta que seguía el vehículo que debía vigilar; que, de ser cierto, no reponsabiliza a la administración, por hallarse desarrollando una labor en lugar distinto a su sitio habitual de trabajo, haciendo imposible que la administración mantuviera un permanente contacto con él para cerciorarse del cumplimiento de la misión. Cosa distinta sería, que la administración, pudiendo vigilarlo, no lo hubiera hecho.

" De ninguna apreciación escapa que si la administración tuviera el deber de hacer un seguimiento a este tipo de actividades, sería físicamente imposible, pues tendría que asignarle un vigilante a cada vigilante y así sucesivamente, ameritándose esto solo en el evento de existir indicios sobre un posible incumplimiento del deber del funcionario, indicio que no está acreditado en el proceso."

Descontenta la parte actora con lo decidido por el *a-quo,* interpuso apelación. Cumplido el procedimiento, es oportuno decidir. Para ello, se considera:

En escrito que obra a folios 328 y siguientes, el recurrente sustentó la apelación. De ese escrito se destaca:

" El Honorable Tribunal Administrativo de Córdoba niega las pretensiones de la demanda porque considera que en este proceso no existe responsabilidad de la Nación, Policía Nacional, sino responsabilidad del Agente.

" Estoy convencido, Honorable Consejero, que no hubo un suficiente análisis de la prueba, no se examinaron con el cuidado debido las circunstancias de modo, tiempo y lugar como fué segada la vida del ciudadano CARLOS JERONIMO RIVAS CORONADO. De haberlo hecho, el fallo hubiera desembocado en una decisión justa y por demás legal: Hacer responsable a la Nación y condenarla al resarcimiento de los perjuicios.

" El Artículo 16 de la Constitución, el Reglamento de Honor para la Policía Nacional, el Código Nacional de Policía, determinan que el servicio público de Policía a cargo de la Dirección General de Policía Nacional, está para proteger a los ciudadanos residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes.

" Desafortunadamente en el presente caso no sucedió así. Dos agentes de la Policía Nacional adscritos al Departamento de Policía Córdoba, obligados las venticuatro horas del día a prestar protección a los ciudadanos resuelven cercenar el más fundamental de los derechos, el derecho a la vida. Y no al derecho a la vida de cualquier persona, sino el de un trabajador incansable, un abnegado esposo, buen hijo y buen hermano.

" El Honorable Tribunal argumenta que esta fué una acción aislada de los uniformados de la Policía, pero los documentos que me he permitido citar con este alegato demuestran todo lo contrario: Que en los hechos está comprometida la responsabilidad de la Administración.

" La circunstancia de que el mismo jefe de la SIJIN, como Superior Jerárquico le manifieste a las autoridades del Das que el agente FRANCISCO LUIS GIRALDO GONZALEZ, cuando es descubierto por los testigos del crimen, sí pertenece a esa dependencia policial pero que en ese momento se halla enfermo. La información falsa que le suministra al juez investigador, de que el Agente solicitado por la justicia no se encuentra en Montería sino en Bogotá adelantando un curso de especialización, y trata de engañarlo varias veces, cuando lo cierto es que durante el año de 1.988 ningún agente de la Policía de Córdoba fué tenido en cuenta para adelantar cursos, está demostrando inequívocamente que la muerte de RIVAS CORONADO fué el resultado de una acción personal y aislada de dos miembros de la institución policial, sino que, al menos, estuvo tolerada por su Comandante.

" Pero es más. Si a los autores del crimen el Juzgado les dicta medida de aseguramiento, en buen romance auto de detención, y la Dirección General de la Policía los suspende en el ejercicio de funciones y atribuciones, ellos han

debido estar recluídos en la cárcel, pero no, todo lo contrario, siguieron prestando servicio como si nada hubiera pasado. En la hoja de vida de Francisco Luis Giraldo le aparece registrada la suspensión desde el 20 de septiembre de 1.988 y sinembargo el 20 de marzo de 1990 es sancionado disciplinariamente por faltas contra el servicio, luego, repito, los superiores no hicieron otra cosa que protegerlo, así la disciplina quedara burlada frente a sus compañeros, frente a la justicia y frente a la sociedad. Del agente JOSE HOLMES CASTAÑO ni se diga. En el extracto de su hoja de vida no le aparece registrado el auto de detención y menos la resolución que lo suspendió en sus funciones y atribuciones.

"Honorables Consejeros: Cuando como en el caso presente dos representantes de la autoridad cometen un hecho dañoso, que causa perjuicio, y su jefe los encubre, trata por todos los medios de que no comparezcan ante la justicia, no se les detiene, ni se les anota en la hoja de vida las decisiones que los afecta en su carrera, jamás puede argumentarse una falla personal del agente, la responsabilidad tiene que asumirla la Nación por intermedio de la dependencia estatal donde laboran los causantes de la falla del servicio, si es que nos desenvolvemos en un Estado de Derecho."

Para la apoderada de la policía nacional la sentencia merece ser confirmada. Basa su petición en las siguientes razones:

" En el proceso está acreditado que el Agente JOSE HOLMES CASTAÑO estaba prestando, el día de los hechos, un servicio consistente en el resguardo de un carrotanque que transportaba gasolina y A.C.P.M.

" Respecto del otro Agente, GIRALDO GONZALEZ FRANCISCO, *no estaba en servicio,* por cuanto se encontraba en vacaciones. Esta circunstancia, fué la que tomó en consideración el *a-quo* para deducir, con base en sentencia del Consejo de Estado de julio 17 de 1.990, expediente 5980 en el cual se recoge el esquema elaborado por el Dr. JUAN CARLOS HENAO sobre el pensamiento del profesor DOVEROSY, que en este caso concreto " la actuación de los agentes no fué con el deseo de ejecutar un servicio." (sentencia - hoja 18).

" Razón le asiste al Tribunal para afirmar que deducir responsabilidad a la administración por hechos ajenos al servicio y supuestamente cometidos por quien - al encontrarse en vacaciones escapaba a toda posibilidad razonable de control, equivaldría a aplicar la responsabilidad por riesgo, a exigir imposibles tales como los de " aplicar un vigilante a cada vigilante."

"Este control sólo ameritaría "...en el evento de existir indicios sobre un posible incumplimiento del deber del funcionario, *indicio que no está acreditado en el proceso.*" (Sentencia hoja 18 subrayado mío).

" Adicionalmente cabe destacar que en el proceso no esté probado que el arma utilizada fuera de dotación oficial, o sea que tampoco existe el nexo instrumental que permita predicar la figura de la falla del servicio presunta."

Desafortunadamente la fiscalía no conceptuó. Se hace esta afirmación, porque el asunto ameritaba hacerlo, no sólo por la gravedad de los hechos, en los que figuraron implicados dos agentes de policía calificados como sicarios, sino porque el agente del ministerio público de primera instancia conceptuó que se debía acceder a las súplicas de la demanda. Por esa razón no se entiende porqué ni siquiera apeló la decisión.

Para la Sala la sentencia será revocada. Y para una mejor comprensión del asunto esta parte motiva tendrá en cuenta los siguientes extremos: La sentencia del *a-quo;* los hechos probados; la falla del servicio; la culpa personal de los agentes; las decisiones penal y disciplinaria; la conclusión.

La sentencia del *a-quo*

Para el tribunal de Córdoba, la nación no es responsable porque la conducta de los agentes públicos solo compromete la responsabilidad personal de los agentes públicos y no la de la administración. Acepta sí que los agentes Holmes Castaño y Giraldo González fueron los autores materiales del ilícito y que cuando lo cometieron estaban vinculados a la institución armada.

También afirma que la actuación de los mismos no tuvo por finalidad ejecutar un servicio, ya que no actuaron con ese impulso, sino por móviles personales.

Estima la Sala, por otro lado, que el *a-quo* acertó en su análisis de la legitimación en la causa y de la caducidad, ya que los demandantes probaron adecuadamente aquel extremo en su carácter de damnificados por la muerte del señor Carlos Jerónimo Rivas C.; y porque además, entre la fecha de la muerte de éste y la presentación de la demanda no alcanzaron a correr los dos años previstos en la ley para su presentación (21 de mayo de 1990)

Los hechos probados

Muestra el acervo probatorio que resultaron bien demostrados los siguientes hechos:

a) La muerte violenta del señor Carlos Jerónimo Rivas Coronado, el 11 de junio de 1988, en el sitio " La Apartada " del municipio de Puerto Escondido. A este respecto puede verse el certificado de defunción (al folio 76) y los testimonios que obran a folios 119 y siguientes del cuaderno principal. Además, las copias de los proveídos dictados en los expedientes penal y disciplinario así lo corroboran.

b) Que los señores Francisco Luis Giraldo G. y José Holmes Castaño estaban vinculados, en la época de los acontecimientos juzgados, en su carácter de agentes,

al Departamento de Policía Córdoba (ver hojas de vida a folios 191 y 203 del cuaderno principal).

c) Que dichos agentes fueron juzgados penal y disciplinariamente como autores materiales de la muerte del señor Carlos Jerónimo Rivas Coronado.

d) Que el juzgado segundo superior de Montería, pese a haber absuelto en primera instancia a los procesados Giraldo González y Castaño O., no desconoció que éstos fueron los autores materiales del hecho. En uno de los apartes del fallo de diciembre 14 de 1.990 se lee a ese respecto:

" En el presente caso, lo reiteramos, las dudas son tan reales en cuanto a la responsabilidad de los procesados por lo que se impone favorecerlos con la absolución por cuanto la prueba incriminatoria es deficiente o adolece de vicio y la de descargos también subsiste en iguales condiciones. *Por todo ello tampoco se puede predicar sus totales inocencias. Este hecho tampoco es evidente en el proceso.*"

" En lo referente a la certeza del hecho punible, es aspecto suficientemente probado a través del material probatorio recopilado que indica que el señor Jerónimo Rivas Coronado fué atacado a bala y como consecuencia de las heridas falleció. Existe en el proceso también diligencia de necropsia que confirma este aserto, así su práctica no haya sido muy ortodoxa (a folios 293 del cuaderno principal)

El *a-quo* fué consciente también que los implicados penalmente no fueron absueltos porque no cometieron el hecho incriminado, sino porque existieron dudas sobre su responsabilidad penal. A este respecto, se destaca:

> " Si se lee con detenimiento lo que se ha transcrito de la sentencia absolutoria, se percibe que el Juez Penal en ninguna parte afirma que los sindicados no cometieron el delito, sencillamente los absuelve porque hay dudas sobre su responsabilidad, luego es obvio afirmar que la figura de la *res judicata* no es aplicable al *sub litem.*"

e) Asi mismo muestra el acervo probatorio, tal como lo sostiene el señor fiscal de primera instancia, Doctor Eduardo Pineda O. " que los citados agentes fueron plena y absolutamente reconocidos tanto por la esposa del occiso como por los otros testigos presenciales del hecho punible, como los autores materiales de la muerte del señor Rivas Coronado.

De esta vista fiscal, de especial importancia para la definición de este asunto se destaca el siguiente aparte:

> " Solamente nos queda por establecer la relación de causalidad en el daño y el hecho. Pudiendo afirmar que ella también es clara, ya que a pesar de que se trató por todos los medios posibles y al alcance de ciertos miembros del cuerpo de

oficiales de la policía nacional en este Departamento por tratar de establecer y demostrar que para la fecha de los hechos, 11 de junio de 1.988, ambos agentes policiales se encontraban, el uno disfrutando de sus vacaciones, y el otro supuestamente en un curso en la ciudad de Bogotá, pudiendo establecerse esto último por la Procuraduría Delegada para la Policía Nacional en Acta que obra a folio 174, que el Agente GIRALDO GONZALEZ FRANCISCO LUIS, no fué programado para ningún curso en la ciudad de Bogotá, con lo cual se pretendía demostrar y determinar que el agente referido estaba lejos de la ciudad de Montería. Afortunadamente, sostiene la constancia que obra al folio 193 suscrita por la Sección Jefe de Personal del Departamento de Policía Córdoba, que el citado agente GIRALDO GONZALEZ, para el día de los hechos, junio 11-88, se encontraba disfrutando de 30 días de vacaciones y, el otro agente JOSE HOLMES CASTAÑO, según se ve al folio 204 en constancia expedida por el mismo Jefe de Personal, que este agente para el mismo día de los hechos, junio 11-88, "...sí se encontraba en el ejercicio de funciones y atribuciones como agente de la Policía Nacional y se encontraba prestando sus servicios en la sección SIJIN de la Unidad..."

En la investigación disciplinaria adelantada por la Procuraduría Regional de Montería se destaca el informe elaborado por la Doctora Miladis Hernández R. (abogada visitadora) de fecha 27 de febrero de 1989, en donde se lee:

" De las pruebas que obran en estas diligencias no queda la menor duda que el agente de la Policía Nacional Francisco Giraldo González, le cabe responsabilidad disciplinaria por encontrarse involucrado en el homicidio de Carlos Jerónimo Rivas Coronado, ocurrido el día 11 de junio del año en curso. Igualmente, es responsable disciplinariamente el agente José Holmes Castaño."

g) El testimonio del señor Ever Manuel Rodríguez que obra a folios 167 tiene un real mérito probatorio, puesto que se atrevió a declarar, pese a las amenazas de que estaba siendo objeto. Dicho señor afirma que reconoció al agente Francisco Giraldo González, como el sujeto que ese 11 de junio de 1.988 disparó contra el señor Rivas Coronado. Que vino a distinguirlo por su nombre luego, en Montería, y cuando empezó a mirarlo en forma amenazante e intimidativa. Agrega en su declaración un comentario que refuerza la veracidad de su dicho: " La imagen de ese tipo Giraldo nunca se me borrará de mi mente."

Muestra el expediente que los agentes sindicados, pese a estar cobijados con un auto de detención, venían siguiendo al Dr. Domingo José Rivera C. hermano del occiso, y quien adelantaba la parte civil por la muerte de éste. Esto se desprende de la declaración del señor Hernando Enrique Nuñez T. Parte civil que no se pudo continuar porque el mencionado profesional fué asesinado pocos días después en Montería.

Además, se puso en evidencia la relación parental existente entre los demandantes y el señor Rivas Coronado.

La falla del servicio y la culpa personal

Para la Sala no existe duda alguna que se dió la falla del servicio y que esta falla comprometió la responsabilidad del ente demandado. En otras palabras, que no se dió la causal exonerativa de culpa personal de los agentes autores del hecho punible.

Y se dió esa falla pese la absolución penal que se dictó a favor de los agentes en *primera instancia* (no se conoce el resultado de la segunda) y pese a la calificación de culpa personal que hizo el *a-quo*.

La Sala ha sido reiterativa en afirmar que cuando se trata de la falla del servicio del funcionario (el servicio funcionó irregularmente por la conducta dolosa o culposa de un agente determinado) el fallo penal que se dicte como consecuencia de esa conducta personal no incide, en principio, en la decisión que deba proferirse en el proceso de responsabilidad patrimonial del Estado por falla del servicio. Es tan clara la jurisprudencia a este respecto que se ha sostenido, en múltiples oportunidades, que el agente puede ser absuelto penalmente y la administración condenada patrimonialmente y viceversa.

La Sala reintera aquí la jurisprudencia contenida en su fallo de junio 28 de 1.991 (Proceso 6249 Actor: Ricardo Serna R. ponente Carlos Betancur Jaramillo) y que toca precisamente los alcances de la sentencia penal en el campo de la responsabilidad del Estado.

De ese fallo, se destaca:

" 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, porqué 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 aprotada 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 habría que condenarla siempre en el caso contrario. Lo que permitiría también aceptar una idea inadmisible, o sea la existencia de una misma normatividad para juzgar la conducta 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."

...

" 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 oportunidad de pronunciarse en forma reiterada. Así, de la sentencia de octubre 14 de 1.988 (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 12 del decreto 2137 de 1.983, 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 le 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 aquélla 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 revela una conducta punible en el agente y podrá ser

confrontado con las normas que regulan la prestación del servicio público como inidicio 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, a 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 este 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 pueden defenderse legítimamente de una injusticia 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 colocaría 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 concluír con mayor certeza que el servicio funcionó mal, no funcionó o lo hizo tardíamente.

...

"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 acreditan la existencia de una falla en forma plena o suficiente."

Para la Sala, la falla resultó bien probada y lamenta que el *a-quo* se haya dejado desorientar por una cita jurisprudencial que luego fué precisada por decisiones de esta misma Sala, una de las cuales se dejó transcrita en lo pertinente.

La prueba testimonial, abundante, muestra que los dos agentes de policía sindicados y absueltos en primera instancia por la justicia penal, fueron los autores materiales del ilícito y que aunque uno de ellos trató de probar su coartada para negar esa autoría, esta demostración resultó frustrada, ya que se demostró que a la fecha del homicidio no era cierto que Giraldo G. estuviera en esta ciudad de Bogotá haciendo un curso para agentes, como trató de insinuarlo su *superior* jerárquico.

No comparte la Sala la apreciación del *a-quo* en el sentido de que la conducta oficial no tuvo justificación en el servicio y que por eso la responsabilidad de los agentes fué simplemente personal.

No, el agente de policía en vacaciones o en franquicia no deja su carácter de tal y menos se puede despojar de sus deberes y obligaciones. Afirmar esto equivale casi a decir que el policía en vacaciones puede ser un delincuente, un sicario, como en el caso concreto, sólo responsable por sus hechos. El servicio sigue al funcionario y este no se puede desdoblar, como en una nueva versión de la leyenda Mr. Hyde

y Mr. Jeckill. La administración responde por el servicio y dentro de él están las personas que lo hacen posible (su elección y vigilancia), las que tienen que estar sometidas a un régimen cuidadoso de disciplina que cobija todos los actos de su vida, porque la administración ejecutora del servicio, como lo ha dicho esta misma sala, responde cuando tolera a ciertos individuos en su seno de mala conducta, porque así crea para los usuarios el riesgo de la falta personal de sus agentes. En otras palabras, porque si la administración tolera a un antisocial en sus filas, deberá responder hasta por la culpa personal de éste.

A este respecto la Sala reitera la jurisprudencia expuesta en su sentencia de 2 de abril de 1992 (Proceso 5645 Pedro León Muñoz) de la cual fué ponente el señor Consejero Uribe Acosta. Allí se lee:

" B) A la luz de la prueba que se deja relacionada, la Sala reitera que en el caso en comento se dio la falla del servicio, no tanto por los hechos que dieron lugar a la investigación del delito de HURTO Y SECUESTRO, que bien pueden ubicarse dentro de la falta personal, pero sí por la especial circunstancia de que el Sargento Segundo ROBERTO RIVERA VARGAS tenía antecedentes graves, antes de cometer este último ilícito, todos ellos demostrativos de una falla en la elección y en la vigilancia. Los integrantes de la fuerza pública, con sanciones y antecedentes, como los que se dejaron relacionados, no deben permanecer ni en el ejército ni en la policía, ni en ningún cuerpo de seguridad de la Nación. Si la administración no toma las medidas orientadas a desvincular al personal que tiene tan mal comportamiento, cabe predicar que ella, como lo enseña el Profesor Jean Rivero, está incumpliendo con el normal funcionamiento del servicio, pues la conciencia ciudadana demanda que el personal adscrito al ejército y a la policía, sea de conducta irreprochable, en todo sentido. Esta exigencia se explica porque es fácil, al agente del orden, así esté en franquicia, y sin portar el uniforme, identificarse como tal, para facilitar la comisión del ilícito.

" En el caso en comento la Sala observa que, la falta personal, no está desprovista de todo vínculo con el servicio. Esto implica que la Nación - Ministerio de Defensa Nacional, esté obligada a indemnizar a los particulares los daños causados, pues habiendo vivenciado el mal comportamiento de su agente, lo retuvo en la institución, conducta con la cual creó también un riesgo de falta personal. Todo sucede -recuerda- el jurista francés, ya citado "...como si la persona pública estuviera obligada a indemnizar a los particulares *en razón del riesgo de falta personal al cual ella los expone al darle a sus agentes los medios o la ocasión de falta.*" (Derecho Administrativo Caracas 1984, pag. 319) (Subrayas de la Sala). En otras palabras, cada vez que la administración cree el riesgo de la falta personal, debe responder por ésta, con la filosofía jurídica que se deja explicada.

" En el *sub-lite,* se reitera, esa ocasión de falta personal la brindó la Nación - Ministerio de Defensa al no retirar de la Institución a quien ya se sabía no ajustaba su conducta a las normas de la misma."

La Sala, visto lo precedente, concluye que no sólo se dió la falla del servicio (la administración no podía darse el lujo de mantener en sus filas a semejantes sujetos, con los antecedentes que a la sazón presentaban, según las hojas de vida que obran a folios 191 y siguientes y 203,) sino que ese hecho produjo serios perjuicios a los demandantes.

Se desprende del libelo que reclaman perjuicios las siguientes personas por la muerte de Carlos Jerónimo Rivas C.: Beatriz del Carmen Correa F. (cónyuge sobreviviente); Pablo Antonio Rivas N. y Eulalia Isabel Coronado (padres legítimos del occiso); Ligia Isabel, Alina del Carmen, Germán Ramón, Hernando Antonio, Aida del Socorro, Martha Cecilia, Clara Isabel, Domingo José y Alfonso Rafael Rivas Coronado (hermanos del occiso).

Estas personas, como se dijo, demostraron el parentesco que los unía con Carlos Jerónimo, así: Los hermanos Rivas C. con los certificados que obran a folios 45 y siguientes del cuaderno principal. La cónyuge sobreviviente, con el certificado de matrimonio que figura a folios 55. Los padres del occiso con la partida que obra a folios 44.

En cuanto a los padres de la víctima y su cónyuge sobreviviente, la Sala reconocerá una indemnización equivalente a 1.000 gramos oro para cada uno, por concepto de perjuicios morales. Se sigue en esto la orientación jurisprudencial reiterada.

Frente a los hermanos de la victima no se hará condena alguna. Los testimonios que obran a folios 119 y siguientes no alcanzan a demostrar las condiciones de afecto y colaboración existente entre éstos. Los demandantes se limitan a afirmar, sin explicar la razón de su dicho, que entre todos existía convivencia, como integrantes de una familia unida. Pero ni siquiera indican los nombres de los distintos hermanos, dónde vivían, su estado civil, etc. etc. Además, la declaración no es admisible porque la pregunta formulada sugiere la respuesta, hasta el punto que el testigo se limitó a utilizar las mismas palabras del interrogatorio.

Sobre perjuicios materiales no habrá condena a favor de los padres del occiso porque la prueba testimonial no es suficiente para establecer la ayuda que en vida el occiso les brindaba. La pregunta sobre esta ayuda es igualmente sugerente y por eso se considera insuficiente.

En cambio, sí habrá condena en favor de la cónyuge, señora Beatriz del Carmen Correa de Rivas. Pero la condena tendrá que hacerse en abstracto porque no se acreditó suficientemente cuál era el ingreso que tenía el señor Carlos Jerónimo al momento de su muerte. La prueba testimonial no es suficiente para ese efecto. La suma que se pruebe por este concepto no podrá exceder de $250.000, indicada a folios 9 del expediente, dentro de la demanda, como ingresos de la víctima. De no probarse el ingreso adecuadamente la liquidación tendrá que hacerse con base en el salario mínimo vigente para la época. La liquidación comprenderá los períodos aceptados por la Sala (vencido y futuro) y se hará con sujeción a las fórmulas

adoptadas por la jurisprudencia y tendrá en cuenta la vida probable de la cónyuge sobreviviente. El salario base para dicha liquidación (que deberá actualizarse) será equivalente al 50% de lo percibido por su cónyuge, ya que el resto se estima lo utilizado por éste para su propia subsistencia. El ingreso se determinará solo frente a las rentas de trabajo. Se indica este porcentaje porque el matrimonio Rivas Coronado - Correa de Rivas no tenía descendencia.

El incidente deberá tramitarse con sujeción al artículo 137 del C. de p.c. y deberá presentarse dentro de los sesenta dias siguientes a la notificación del auto por el cual el *a-quo* disponga cumplir lo aquí resuelto.

Por lo expuesto, la Sala, de acuerdo con la fiscalía del tribunal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A :

Revócase la sentencia de 2 de agosto de 1.991, dictada por el tribunal administrativo de Córdoba. En su lugar:

Declárase responsable a la Nación - Policía Nacional - por los perjuicios causados a los demandantes con la muerte del señor Carlos Jerónimo Rivas Coronado.

En consecuencia, se le condena a pagar, por concepto de perjuicios morales, así: a la señora Beatriz del Carmen Correa, Pablo Antonio Rivas N. y Eulalia Isabel Coronado de Rivas, el equivalente en pesos de 1.000 gramos oro para cada uno. Valor que certificará el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de este fallo con referencia al precio nacional del oro.

Condénasele, en abstracto, a pagar a la señora Beatriz del Carmen Correa de Rivas, por concepto de perjuicios materiales, la suma que resulte de la liquidación que por la vía incidental deberá hacerse de esta condena y con sujeción a las pautas indicadas en la motivación.

El incidente de liquidación deberá formularse dentro del término de sesenta días, contados a partir de la notificación del auto por medio del cual el *a-quo* ordene cumplir lo aquí resuelto.

Deniéganse las demás súplicas.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 11 de junio de 1992.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: Se reitera, además, la jurisprudencia contenida en sentencia de 2 de abril de 1992, Exp. 5645, Ponente: Dr. JULIO CESAR URIBE ACOSTA, Actor: Pedro León Muñoz (Publicada en Boletín de abril pág. 12).

ACTO CONTRACTUAL/ CONTROVERSIAS CONTRACTUALES/ CADUCIDAD

Pese a que la demanda se equivoca cuando llama en su apoyo, al mismo tiempo, los artículos 85 y 87 del C.C.A. que consagran acciones no acumulables, no hay duda de que la exposición de las pretensiones corresponde a una típica controversia contractual. Aunque equivocadamente se dice que esa resolución declaró la caducidad administrativa del contrato, es lo cierto que su naturaleza corresponde a la de un acto contractual no separable del mismo, cuyo examen se hace a través de las acciones descritas en el artículo 87 del C.C.A., cuya caducidad se opera al cabo de dos años después de " ocurridos los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento".

CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL/ CLAUSULA DE CADUCIDAD/ CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACION/ JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA/ COMPETENCIA

La naturaleza jurídica que genera del contrato de agencia comercial, genera unos efectos particulares; si bien las partes pactaron la cláusula de caducidad, circunstancia que explica el conocimiento de la controversia por esta jurisdicción, la resolución que se ataca no la declaró, vale decir, no desarrolló dicha cláusula, sino que, por medio de ella, simplemente la licorera hizo uso de la facultad legal que tiene para terminarlo. La decisión de esta jurisdicción en el *sub-lite,* se asienta, no en consideración a la existencia de un acto administrativo, sino en el pacto de la cláusula de caducidad así ésta no haya sido utilizada por la administración. Esta cláusula exorbitante impone plena competencia del juez contencioso administrativo, en cuanto se aplican las normas procesales previstas en el C.C.A., razón por la cual éste conocerá del derecho privado sustancial o material que gobierna la relación negocial pactada en el contrato, ya se trate de derecho civil o de derecho mercantil.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá D.C., quince (15) de Junio de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

Referencia: Expediente No. 5626. Actor: Mario Gutiérrez Rivera.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandante en contra de la sentencia que pronunció el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Norte de Santander el 25 de octubre de 1988, por medio de la cual declaró, " probada la excepción de caducidad de la acción propuesta por el señor Fiscal ".

1- El 2 de febrero de 1987, MARIO GUTIERREZ RIVERA, por medio de apoderado judicial regularmente constituído, demandó a la "EMPRESA LICORERA DEL NORTE DE SANTANDER ". " por los trámites del proceso, ordinario contencioso administrativo conforme a los cánones del artículo 85 y 87 ", para que se dedujesen, frente a ella, las siguientes pretensiones.:

" 1. Que es nula la Resolución # 00316 de abril 24 de 1986, expedida por la Empresa Licorera Del Norte De Santander, mediante la cual se da por terminado el contrato # 3 suscrito entre la Empresa Licorera del Norte de Santander y mi Mandante para la promoción y venta de licores, en la zona 2 de Pamplona."

" 2. Que como consecuencia de la declaratoria anterior, el contrato # 003 Agencia Comercial para la venta de licores, continue con todos sus efectos hasta la terminación del plazo allí señalado (5 años)."

" 3. Que se condene a la Empresa Licorera del Norte de Santander, quien según ordenanza 26 de 1982, artículo 1o. tiene autonomía administrativa, financiera y capital independiente a cancelar a mi mandante los daños y perjuicios ocasionados con la declaratoria de caducidad del contrato, desde Enero de 1986 hasta que se le restablezca su derecho y pueda seguir expendiendo licores."

2- Los hechos que invocó el demandante como causa de su *petitum* se narran así en la demanda:

" 1o. La Empresa Licorera del Norte de Santander, suscribió con mi mandante MARIO GUTIERREZ RIVERA, el contrato # 3 Agencia Comercial para la venta de licores producidos por la Empresa Licorera del Norte de Santander en junio 11 de 1984 por un término de 5 años contados a partir de la legalización del contrato que se hizo en Octubre 5/84."

" 2o. El objeto del contrato fue de promover la venta de licores producidos por la Empresa en la Zona 2 (2) de Pamplona obligándose al contratista a vender

la cantidad de 170.000 Botellas de 750CC, venta mínima en un año. Esta cláusula fué modificada mediante un " Otro Sí " debidamente aprobado fijando como cantidad mínima para el primer año el 60% para el segundo año el 75% y para el tercer año 100%. Este Otro Sí fue suscrito en Octubre 2 de 1989."

"3o. Desde que se legalizó el contrato mi cliente venía cumpliendo extrictamente todas y cada una de las cláusulas allí señaladas, como lo certifica el Gerente para ese entonces JORGE MALDONADO VARGAS (Ver anexo)."

"4o. Por motivos desconocidos a partir de Mayo de 1985, la Empresa comenzó a violar las cláusulas del contrato, fue así como el 31 de Mayo practicó arqueo sorpresivo a la Agencia expresamente (sic) la cláusula quinta en su parágrafo dice " La inspección que desee practicar la Licorera será comunicada oportunamente al contratista por escrito con indicación de la persona o autoridad que realizará dicha inspección, así como las especificaciones de las labores que debe desarrollar ". En este arqueo figuraron faltantes que se encontraban en el camión de reparto, no quiso aceptar un Cheque que se encontraba en Caja, facultades a este valor. Todo esto fue aclarado por el Agente en carta al Gerente en Junio 2 de 1985 (ver anexo 2)."

" En Junio 7/75 practicaron nuevo arqueo resultando faltantes y sobrantes que fueron explicadas en oficios de Junio 8 de 1985, los faltantes Físicos se debieron a que cuando la Empresa entregó el pedido no lo hizo completo como aparece en las facturas en la Licorera. Se remitió así mismo el comprobante 2566 de Junio 7/85 en el que se hicieron las consignaciones en el Banco del Comercio. (ver anexo 3)."

" 5o. Aclarados estos impases y vencida la póliza, se solicitó la expedición de una nueva de acuerdo a los requerimientos exigidos por la Contraloría para tal fín; fué así como mediante resolución # 548 de Agosto 15 de 1985, el Doctor ALVARO AYALA PEREZ Contralor del Departamento aprueba la fianza a MARIO GUTIERREZ RIVERA, otorgada mediante póliza # 199816 de la Compañia de Seguros Caribe S.A., por valor de $ 800.000.oo, por el término de un año para garantizar el cumplimiento del contrato. (ver anexo 4) Inexplicablemente en Agosto 27 de 1985. El Contralor Encargado ESTOLANO GUERRERO CONTRERAS por resolución # 577 decide derogar en todas sus partes la resolución # 548 de Agosto 15/85 donde se aprobaba la fianza. (ver anexo 5), pero lo más extraño del caso es que el señor ESTOLANO GUERRERO C. lo encargaron mediante Resolución # 951 de Agosto 26 de 1985 como explicaran la diferencia de 374 tres resoluciones en un día. (ver anexo 6)."

" Los pedidos posteriores que se hicieron fueron autorizados por la Gerencia pero negados por la Contraloría, lo que motivó que el Gerente para ese entonces Dr. JORGE MALDONADO VARGAS requiera al Auditor Fiscal y al Contralor, pues el contrato se encontraba vigente y no se le había decretado la caducidad. (ver anexo 7)."

" Posteriormente por presiones de la Junta de la Empresa Licorera del Norte de Santander se le solicitó al Director del Departamento Administrativo Jurídico de la Gobernación elaborar la Resolución de caducidad del contrato # 3, la que es negada por el director por considerar que el contratista no violó ninguna de las causales de Caducidad señaladas en las cláusulas vígesima primera del contrato (anexo 8)."

" Durante este lapso y ante la negativa de entrega del licor, lo que ocasionó graves daños económicos a mi cliente se oficio al Señor Gobernador (anexo 9) al Contralor (ver anexo 10) para que explicara los motivos del incumplimiento, sin que se obtuviera respuesta alguna."

9o. " Como el Departamento Administrativo Jurídico de la Gobernación, no accedió a elaborar la Resolución de Caducidad, por no encontrar mérito para ello, la Empresa Licorera del Norte de Santander, en Abril 24 de 1986, mediante resolución # 316 procede a dar por terminado el contrato aduciendo; a) Que debía haber vendido la cantidad mínima de 170.000. Botellas de 750 cc. Esto lo afirman desconociendo el otro sí del contrato que rebajó esta venta al 60% para el 1o. año según esto estaba obligado a vender solamente 102.000 Botellas. y vendió 132.000. b) Que el 31 de Mayo de 1985 se encontraron faltantes, sin embargo jamás se le amonestó, ni se le denunció por esto (que no es cierto) pregunto porqué esperaron hasta Abril de 1986 para denunciar lo que extrañó. Basándose en estas dos causales, que ya habían sido estudiadas por la Oficina Jurídica del Departamento, no encontrando violación alguna decidieron decretar la caducidad. (anexo 11)."

10o. " La cláusula vígesima tercera del contrato dice que las modificaciones al mismo solo podrán hacerse con la firma - de un " Otro sí " entre las partes o la celebración del nuevo contrato. Este punto se amplió exactamente al firmarse el " Otro sí " en Octubre 2 de 1984 previo el lleno de los requisitos señalados en el Código Fiscal, otro sí con plena validez pues fue aprobado por el Contralor del Departamento en Octubre 5 de 1.984. y el Código Fiscal del Departamento en su artículo 432, reformado parcialmente por la ordenanza 14 de 1983, Art. 28 " Del Perfeccionamiento de los contratos. Salvo disposición legal en contrario, los contratos a los cuales se refiere éste código se entienden perfeccionados, cuando cumplidos los requisitos se hallen debidamente estudiados y aprobados por el Contralor General del Departamento. " O sea que el otro sí tiene plena validez. Si observamos a la vuelta - del otro sí, aparece un sello del Asesor Jurídico de la contraloría que dice: " Este contrato reune todos los requisitos de orden legal y pasa para la firma del contralor". Mas abajo aparece firma y sello del Contralor. No entendemos entonces como desconocen este " Otro sí " y alegan para decretar la caducidad el incumplimiento por no haber vendido 170,000 Botellas."

11o. " Oportunamente se interpuso recurso de reposición a la Resolución # 0316 de Abril 24 de 1986, en Mayo 8/86 (anexo 12), la que fue negada mediante

Resolución # 0460 de Junio 26 de 1986, sin motivar, confirmando la resolución 4 0316 de Abril 24 de 1986. (ver anexo 13)."

12o. " Posteriormente el 2 de Octubre de 1986, luego de quedar en firme la declaratoria de caducidad se procedió a liquidar el contrato, levantando un acta, donde se hizo entrega real y material de las existencias y el funcionario encargado advirtió que mi cliente debería pagar una multa por incumplimiento de $ 500.000.oo (ver anexo 14)."

3- Admitida la demanda, la empresa demandada se notificó del auto de admisión y constituyó apoderado especial quien contestó (fls. 83 - 92) y expuso, como " razones de la defensa ", las siguientes:

" 1a. La obligación del demandante está expresada en la cláusula primera del contrato: vender 170.000 botellas, en el primer año, contado a partir de la legalización por la Contraloría, ( )

" 2a. El señor Gutierrez, no alcanzó a vender las 170.000 botellas correspondientes al primer año del contrato. Solamente colocó en el mercado 132.800 botellas, cifra notoriamente menor."

" 3a. El otro sí al contrato, destinado a modificar el volúmen numérico de botellas que el agente Gutierrez se obligó a vender, no nació a la vida jurídica, toda vez que no se perfeccionó como acto contractual."

"3.1 Cualquier modificación al contrato, requiere el cumplimiento de las mismas formalidades y requisitos que para contrato inicial. Es el mismo estatuto contractual el que la rige, y el mismo Código Fiscal del Departamento."

" 3.2 Entre otras formalidades estan: la del visto bueno del señor Gobernador del Departamento, que es el Presidente de la Junta; la autorización de la Junta Directiva puesto que el Gerente no tiene atribución para modificar los contratos que haya celebrado en representación de la Empresa por autorización de la Junta como lo fue el de 11 de Julio de 1984; paz y salvo Departamental; Registro en la Camara de Comercio del domicilio del Contratista; mantenimiento de una garantía etc., etc."

" 3.3 La cuantía del contrato, que es superior y distinta a la denominada cuantía fiscal, estimada en $ 5.000.000.oo, impedía al Gerente, por falta de facultad legal. La sola cuantía fiscal demuestra que solamente la Junta Directiva podía convenir modificaciones al contrato. Lo anterior, sin tener en cuenta la cuantía del contrato, en términos de Derecho Administrativo."

Propuso la excepción de inepta demanda por haberla limitado " a la Resolución 0316 de abril 24 de 1986, dejando por fuera actos administrativos posteriores que integran su unidad ", y por indebida acumulación de pretensiones tercera y cuarta

de la demanda, las cuales, según la demandada, son excluyentes. Finalmente, pidió pruebas.

El Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes (fls 93 - 95) y señaló, para su práctica, un término de cuarenta días, al cabo del cual les corrió traslado del negocio; alegó el apoderado judicial del demandante (fls 233 - 234); en su escrito reiteró las pretensiones de la demanda, sostuvo el cumplimiento contractual de su cliente, la validez jurídica del " otro sí " al contrato de agencia comercial y los defectos legales de la resolución de " caducidad; tambien lo hizo el apoderado de la empresa de licores para discutir la cuantía que, para efectos fiscales, determinó el contrato (fls 230 - 231).

4.- Al fiscal del Tribunal (fls 235 - 236) estima que, a tiempo de presentar la demanda, la acción estaba caducada:

" Si tenemos en cuenta que lo que se demandó fue la nulidad de la Resolución 00316 de abril 24 de 1986, ni siquierà la No. 460 de 1986 de junio 26 de 1986 que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra aquella, falla de la cual adolece asimismo la demanda."

" El H. Consejo de Estado reiteradamente ha dicho que la Justicia Contencioso Administrativa es rogada, no obstante que el Juez administrativo en ciertos casos pueda interpretar la demanda, cuando da lugar a ello, pero como en este caso no hay el más leve indicio como para darle otra interpretación, solicito al H. Tribunal declarar la Caducidad de la Acción."

5.- La sentencia recurrida acogió integramente el criterio del fiscal y agrego:

" Esta H. Sala, le dá razón jurídica tanto a la parte opositora como el criterio Fiscal, pues si existen dos actos, uno principal cual es el demandado, y otro Confirmatorio o sea la resolución 0460 de junio 26 de 1987, acto que le dá firmeza al primero y que es precisamente el que viene a agotar la vía gubernativa para poder acudir a la jurisdicción de lo Contencioso el actor debió acusar o bien ambos actos, o bién el confirmatorio, ya que en caso *sub-examine* sigue conservando su vigencia el último acto, cuya nulidad no puede decidirse en la sentencia pues no ha sido invocada y nuestra justicia Contencioso Administrativa es ROGADA."

6.- El recurso de apelación que hoy se decide está sustentado en estos términos:

" Se abstiene el H. Tribunal de Fallar de Fondo por considerar que la demanda fué presentada extemporáneamente sin tener en cuenta que el art. 136 del C.C.A. señala que cuando se trate de contratos administrativos el término para presentar la demanda de resarcimiento de daños o restablecimiento del derecho, es de 4 meses y estos se comenzarán a contar a partir del último acto constitutivo. En el caso que nos ocupa, la empresa licorera del N. de Sder, por

RESOLUCION # 00316 de Abril 24 de 1986, declaró la caducidad del contrato suscrito entre la Empresa y mi poderdante Mario Gutierrez Rivera, para el expendio de licores en el Mpio de Pamplona. Posteriormente por RESOLUCION # 0460 de Junio 26 de 1986 negaron el recurso de Reposición, quedando en firme en Octubre 2 de 1986, fecha en la cual se procedió a liquidar el contrato, levantando el acta de entrega. Es a partir de esta fecha, Octubre 2 de 1986, cuando se empieza a contar los 4 meses, venciéndose el término el día 2 de Febrero de 1987, día en que fué presentada la demanda."

"Presentada dentro del término estipulado el H. Tribunal ha debido pronunciarse sobre la caducidad decretada por la Empresa Licorera del N. de Sder, al contrato # 3 de junio 11 de 1984 de Agencia Comercial para la venga (sic) de licores."

" Ruego a esa H. Corporación revocar la providencia de fecha Octubre 25 de 1988, proferida por el Tribunal C. Adm. de N. de Sder y en lugar tener (sic) en cuenta los hechos narrados en la demanda y comprobados a los largo del proceso, para que se declare la nulidad de la Resolución # 00316 de Abril 24 de 1986 y todos los actos posteriores que ésta produjo, por lo cual la E. Licorera del N. de Sder decretó la caducidad del contrato suscito (sic) con el Sr., Mario Gutierrez R, para la venta de licores en la ciudad de Pamplona, y se condene a la Empresa Licorera de N. de Sder a cancelar a mi mandante la cantidad de $ 41.250.372 que corresponde al valor que debería haber obtenido como producto de sus ventas, si no se le hubiese cancelado el contrato. Este valor es el resultado del dictamen pericial practicado por los periso (sic) nombrados por el Tribunal. Ver fol. 223 y 224."

" Ante la claridad del art. 136 del C.C.A. considero no es necesario extenderse en más explicaciones, para demostrar que la demanda fué presentada dentro del término de ley." (Fol. 242 - 243).

7.- La Dra. EDNE COHEN DAZA, fiscal Segunda del Consejo de Estado solicita confirmar la sentencia de primera instancia, " aunque por razones diferentes a las expuestas " en ella; tales razones se exponen así en el concepto:

" La demanda visible a folio 70 y siguientes se limitó a demandar la nulidad de la Resolución No. 00316 de Abril 24 de 1986, expedida por la Empresa Licorera del norte de Santander, mediante la cual se dá por terminado el contrato No. 3 suscrito entre la mencionada Empresa y el Actor señor MARIO GUTIERREZ RIVERA."

" Solicita como consecuencia de lo anterior el pago de los daños y perjuicios que se le causaron al Contratista."

" En el libelo nada se dijo del recurso de reposición que se interpuso contra la mencionada Resolución que dió por terminado el contrato, ni se mencionó la Resolución No. -460 de Julio 26 de 1986 que lo resolvió."

"En estricto rigor, no era indispensable que el demandante estuviera obligado a demandar el último de los actos administrativos que se limitó a confirmar el primero, pero si pretendía ampararse por el término de caducidad de la última Resolución, ha debido demandarla. Sólo en esa hipótesis habría podido aducir a su favor la falta de notificación personal y tomar como fecha para contar el término de caducidad aquella en que supuestamente tuvo conocimiento de la decisión de la administración."

"Sobre este tema dijo la Sala en Providencia de 8 de agosto de 1986, Expediente No. 3304 Actora GRISELDA MOYA RODRIGUEZ: "TERCERA.- Dentro de la realidad anterior la Sala encuentra que el demandante no individualizó bien el acto, pues habiéndose interpuesto el recurso de reposición contra la Resolución No. 0244 de 9 de Julio de 1979 y al haberse resuelto ésta desfavorablemente, mediante la No. 000 (sic) de 24 de Febrero de 1981, ha debido demandar ambas. Es verdad que en esta materia la Corporación no ha tenido una jurisprudencia uniforme, pero aún dentro de la orientación que predica que es posible demandar sólo el acto inicial, cuando el posterior se limita a confirmarlo, se tendrá que llegar a un fallo inhibitorio, en el caso en comento, pues la caducidad tendría que contarse entonces a partir del 1o. de Agosto de 1.979, fecha en que se notificó la Resolución cuya nulidad ahora se solicita. Habiéndose presentado la demanda sólo el 19 de Junio de 1.981, es claro que en este momento estaba en exceso vencido el término de cuatro meses señalados en el artículo 83 inciso final de la ley 167 de 1.941. Ha debido, pues, integrarse la Resolución que decidió el recurso de reposición con la inicial, evento en el cual la caducidad no se registraría, pues el término de la ley se contaría sólo a partir de la notificación de esta última". (Tomo 66 - Sentencias y Autos Sección Tercera Consejo de Estado)." (Fl. 250 - 251).

LA SALA CONSIDERA

A).- *SOBRE LA CADUCIDAD DE LA ACCION.* La Sala no comparte la tesis del Tribunal y de la Fiscal del Consejo de Estado, según la cual, en este negocio, se ha operado la caducidad de la acción. Las dos entidades, si bien construyen argumentos diferentes para llegar a dicha conclusión, dan por descontado que la acción intentada por el actor es la de nulidad y restablecimiento del derecho prevista por el artículo 85 del C.C.A; de allí que tomen en cuenta un término de caducidad de 4 meses, según las disposiciones del segundo inciso del artículo 136 del mismo código, En el mismo error incurre el apelante en el escrito por medio del cual sustenta su recurso.

Sin embargo, y pese a que la demanda se equivoca cuando llama en su apoyo, al mismo tiempo, los artículos 85 y 87 del C.C.A. que consagran acciones no acumulables, no hay duda de que la exposición de las pretensiones corresponde a una típica controversia contractual que se hace radicar en la resolución No. 00316 expedida el 24 de abril de 1986 y mediante la cual la Empresa Licorera del Norte de Santander terminó el contrato de agencia comercial que tenía celebrado con el demandante.

Aunque equivocadamente se dice que esa resolución declaró la caducidad administrativa del contrato, materia que se tratará más adelante, es lo cierto que su naturaleza corresponde a la de un acto contractual no separable del mismo, cuyo exámen se hace -según lo ha definido la Sala - a través de las acciones descritas en el artículo 87 del C.C.A, cuya caducidad se opera al cabo de dos años después de " ocurridos los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento " (inciso final - artículo 136 - ibídem).

Lo anterior es tanto más claro si se tiene en cuenta la segunda de las pretensiones que presenta la demanda, en la cual, si bien de una manera no muy técnica, solicita el demandante se declare que "...el contrato No. 003 Agencia Comercial para la venta de licores continúe con todos sus efectos hasta la terminación del plazo allí señalado (5 años) ", cuya índole contractual es indudable.

En las circunstancias descritas, como la resolución acusada se produjo el 24 de abril de 1.986 y la demanda fué presentada el 2 de febrero de 1.987, se debe concluír que no estaba caducada la acción intentada, y que, por lo tanto, el fallo de primera instancia se debe revocar.

B).- El contrato de agencia comercial, según lo describe el artículo 1317 del código de comercio, es aquél por virtud del cual " un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo."

" La persona que recibe dicho encargo se denomina genéricamente agente."

Se deduce de la descripción legal que el objeto del contrato de agencia comercial es la *promoción y explotación de negocios,* lo cual conlleva la consecución y el mantenimiento de mercados y el posicionamiento de productos, dentro de una zona determinada en el territorio nacional; dicha actividad *ha de ser desarrollada por un comerciante,* que, recibe la denominación legal de " agente ", *de manera independiente y estable* (es un contrato de duración); no es necesario para la solución del caso litigado, tomar partido en la discusión de si puede o no coexistir con el contrato de distribución.

El contrato que está en la base de esta controversia, sin duda alguna, es un contrato de agencia mercantil; no solamente porque así se denominó por las partes de manera expresa, sino, y fundamentalmente, porque sus estipulaciones se conforman perfectamente con la definición de la ley; en efecto, de su OBJETO se dijo:

" LA LICORERA conviene con el contratista -Agente que éste de una forma independiente y de manera estable se encargará de promover la venta de los licores producidos por la EMPRESA LICORERA DEL NORTE DE SANTANDER, en la ZONA DOS (2) PAMPLONA. PARAGRAFO: la zona dos (2) está compuesta

por los siguientes municipios: CACOTA, CHATAGA, CUCUTILLA, LABATECA, MUTISCUA, PAMPLONA, PAMPLONITA, SILOS y TOLEDO."

Las otras cláusulas que componen el convenio y las obligaciones adquiridas por el agente demuestran que los licores de cuya promoción y venta se trata no dejaban de ser propiedad de LA LICORERA, hasta cuando la venta se hubiese realizado; es decir, el agente no los adquiría para él; simplemente los colocaba en el mercado en nombre de LA LICORERA aunque sin su representación.

Como se puede observar, están presentes la totalidad de las características del contrato de agencia comercial, naturaleza jurídica que genera unos efectos bien particulares; si bien las partes pactaron la cláusula de caducidad (cláusula vigésima primera), circunstancia que explica el conocimiento de la controversia por esta jurisdicción, la resolución que se ataca no la declaró, vale decir, no desarrolló dicha cláusula, sino que, por medio de ella, simplemente LA LICORERA hizo uso de la facultad legal que tiene para terminarlo, según lo dispone el artículo 1324 del código de comercio; esta no es una prerrogativa exorbitante de la administración sino una facultad normal en los contratos que conforman los del género del mandato.

El hecho de que la terminación del contrato haya revestido la forma externa de una resolución no tiene la virtualidad de estructurar un acto administrativo, pues, se tiene por cierto que éste es el fruto del ejercicio de la función administrativa del Estado; en este caso, la resolución que se acusa es un simple acto de comercio sujeto a las reglas del derecho privado si bien la especial circunstancia de haberse pactado la cláusula de caducidad impone que la controversia se ventile ante esta jurisdicción; en otros términos, la existencia del acto administrativo supone algo más que su simple presentación exterior, la cual, por la fuerza de la costumbre suele ser la misma para todos los actos jurídicos de la administración; es menester, para ello, que la declaración unilateral de voluntad sea la manifestación de la función administrativa del Estado a través de cualesquiera de sus ramas o de sus organismos autónomos (Artículo 113 de la Constitución Política) o de los particulares investidos por la ley de dicha función (inciso segundo, artículo 210 ibídem).

De modo que la decisión de esta jurisdicción en el *sub-lite,* se asienta, no en consideración a la existencia de un acto administrativo, sino en el pacto de la cláusula de caducidad así ésta no haya sido utilizada por la administración.

Se precisa que esta cláusula exhorbitante impone plena competencia al Juez Contencioso - Administrativo, en cuanto se aplican las normas procesales previstas en el C.C.A. (adoptado por el Decreto 01 de 1984) razón por la cual, éste conocerá del derecho privado sustancial o material que gobierna la relación negocial pactada en el contrato, ya se trate de derecho civil o de derecho mercantil. En sentencia de fecha 30 de enero de 1984, Expediente 3230, Actor: Francisco Camargo Molano, Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo, la Sala había anotado sobre el particular:

" La competencia del Tribunal resulta clara. Si bien la Industria Licorera de Boyacá es una empresa industrial o comercial del departamento, el contrato de agencia comercial cuya nulidad se pretende posee cláusula de caducidad; factor éste que, por expreso mandato de la ley, impone que sus controversias tengan que ventilarse ante la jurisdicción administrativa, así el régimen de sus obligaciones esté regulado por el Código de Comercio."

En claro lo anterior y dado que se trata de un contrato revocable, no se puede hablar de ilegalidad en su terminación; simplemente, su ocurrencia genera las indemnizaciones por concepto de lo que conoce la doctrina la " cesantía comercial " (inciso primero del artículo 1324 del Código de comercio), o por no existir la " justa causa comprobada " que exige la ley (inciso 2o. ibídem), las cuales fueron renunciadas expresamente por el agente en la cláusula vigésima segunda del contrato.

Al no existir la ilegalidad de la terminación, como lo pretende el actor, las demás peticiones que se presentan como consecuenciales de la primera, no están llamadas a prosperar.

Por lo expuesto, el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A :

PRIMERO.- REVOCASE el fallo apelado.

SEGUNDO.- DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día cinco de junio de 1992.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

DENUNCIA DEL PLEITO-Improcedencia

Se requiere regulación específica de la ley sustancial para que pueda pretenderse la denuncia del pleito, la cual, no puede ser nada distinto que el llamamiento para que se responda por la evicción prevista por el artículo 1893 del Código Civil. Como en el *sub-lite* no se debate ningún aspecto de carácter real, o derivado de un derecho que tenga igual linaje, pues el contrato en el cual se originó la controversia solo puede generar derechos personales o simplemente obligaciones de igual carácter, no es procedente darle aplicación al artículo 54 del Código de Procedimiento Civil.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., diez y ocho (18) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 7371. Actor: Edilberto D.J. Montoya y Otro.

Conoce la Sala del recurso de apelación impetrado por el señor apoderado de la sociedad LOPEZ ARANGO INGENIEROS LTDA., quien actúa en el proceso por haber sido llamada en garantía dentro de la controversia originalmente conformada por EDILBERTO D.J. MONTOYA y OTRO, contra LA NACION - FONDO VIAL NACIONAL - INTRA. Mediante el proveído impugnado, el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sección Segunda, dispuso: " RECHAZAR por improcedente la denuncia del pleito propuesta por el señor apoderado de la sociedad llamada en garantía en este proceso, folios 335 y ss .

Para tomar la determinación anterior el *a-quo* analizó el artículo 54 del C. de P.C., para recalcar que según esta normativa puede denunciar el pleito quien de

acuerdo con la LEY SUSTANCIAL, se encuentre debidamente autorizado para ello, bien sea que ostente la calidad de demandante o de demandado, pero que en uno u otro caso el denunciante del pleito deberá acompañar prueba siquiera sumaria del derecho a formularla. En respaldo de este miramiento invoca la autoridad del doctrinante López Blanco cuando enseña " La denuncia del pleito se instituyó para regular *especificamente* la forma de hacer efectiva la obligación de saneamiento por evicción de que trata el artículo 1893 del C. Civil. (Subraya el Tribunal).

El recurrente por su parte, para sustentar su inconformidad en sintesis, aduce lo siguiente:

a) Que la denuncia de pleito en el proceso Contencioso Administrativo resulta procedente " siempre que ello sea compatible con la índole o naturaleza de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo;

b) Que las personas privadas están autorizadas para desempeñar funciones administrativas, conforme al artículo 12 del Decreto 2304 de 1989 que modificó el artículo del C.C.A;

c) Que la Sociedad PROCOPAL S.A., a quien se le denunció el pleito por la sociedad llamada en garantía y hoy apelante, como subcontratista es colaboradora de la gestión contractual pública y era la encargada de colocar en la vía la señalización adecuada con el fin de prevenir eventuales accidentes, actividad que constituye función administrativa y por consiguiente, procede la denuncia de pleito.

Para resolver se CONSIDERA:

1) La figura procesal de la denuncia de pleito, con antelación al actual Código de Procedimiento Civil (Ley 105 de 1931, artículo 236 a 239) y ahora éste, artículo 54; constituye un medio para vincular a la *litis* a un tercero que por su especial connotación con cualquiera de las partes principales de la relación jurídico procesal, nacida de un DERECHO REAL, estaría eventualmente sometida a responsabilidad sustancial, en virtud del fenómeno conocido como EVICCION.

2) El llamamiento en garantía, aspecto que tan solo vino a regular el actual Código de Procedimiento Civil (artículo 57), aunque semejante a la denuncia del pleito, por permitir también la vinculación de un tercero al proceso, tiene su fundamento en la eventual responsabilidad de éste, originada en una relación de índole puramente PERSONAL.

3) Así las cosas, le asiste razón al *a-quo* cuando reflexiona bajo la óptica de que se requiere regulación específica de la Ley sustancial para que pueda pretenderse la denuncia del pleito, la cual, no puede ser nada distinto que el llamamiento para que se responda por la EVICCION prevista por el artículo 1893 del Código Civil.

Como en el *sub-judice* no se debate ningún aspecto de carácter real, o derivado de un derecho que tenga igual linaje, pues el contrato en el cual se originó la controversia sólo puede generar derechos personales o simplemente obligaciones de igual carácter, no es procedente darle aplicación al artículo 54 del C. de P.C.

Por lo expuesto, la Sala

RESUELVE :

CONFIRMASE el auto de 14 de febrero de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sección Segunda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE al Tribunal de origen.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

DENUNCIA DEL PLEITO/ (Aclaración de voto)

La denuncia del pleito tiene una mayor amplitud en el proceso administrativo y no está limitada a los casos de evicción previstos en el artículo 1893 del C.C. para discutir aspectos de carácter real o derivados de un derecho que tenga igual categoría. No; porque se puede presentar en controversias que generen derechos personales o simplemente obligaciones de esta índole, tal como son las que se originan en litigios contractuales o extracontractuales administrativos. En este sentido, sí podía la persona llamada en garantía denunciar el pleito, máxime cuando esa denuncia es claramente compatible con esta jurisdicción administrativa.

Aclaración de Voto, Carlos Betancur Jaramillo.

Ponente: *Doctor Daniel Suárez H.*

Referencia: Expediente No.7371. Actor: Edilberto de J. Montoya.

Me separo, con todo respeto, de la decisión mayoritaria.

Si bien es cierto el enfoque que se hace en el proveído del cual discrepo tiene el sello que la Corte Suprema le ha dado a la figura de la denuncia del pleito en el campo del proceso civil, ese mismo alcance no puede tener dentro del proceso administrativo, porque en éste, sólo por excepción podrá hablarse de una evicción.

Baste para entender este aserto lo que dispone el artículo 217 del C.C.A. (54 del decreto 2304 de 1.989) para los asuntos de *reparación directa y contractuales;* el cual permite que en tales procesos: " la parte demandada podrá, en el término de fijación en lista, *denunciar el pleito,* realizar el llamamiento en garantía o presentar demanda de reconvención, siempre que ello sea compatible con la índole o naturaleza de la jurisdicción de lo contencioso administrativo "

En otros términos, la denuncia del pleito tiene una mayor amplitud en el proceso administrativo y no está limitada a los casos de evicción previstos en el artículo 1893 del C.C. para discutir aspectos de carácter real o derivados de un derecho que tenga igual categoría. No; porque se puede presentar en controversias que generen derechos personales o simplemente obligaciones de esta índole, tal como son las que se originan en litigios contactuales o extracontractuales administrativos.

En este sentido, sí podía la persona llamada en garantía denunciar el pleito, máxime cuando esa denuncia es claramente compatible con esta jurisdicción administrativa.

Si la entidad demandada pudo llamar en garantía a López Arango Ingenieros Ltda. ante esta jurisdicción administrativa, por qué no pudo ésta sociedad denunciar o llamar en garantía a Procopol S.A., a quien le correspondía la señalización reglamentaria para prevenir accidentes, según arguye la parte interesada en su escrito con base en los pliegos de condiciones ?

Con todo respeto

Carlos Betancur Jaramillo.

Santafé de Bogotá D.C. veinticuatro (24) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992).

LIQUIDACION DEL CONTRATO/ PRESUNCION DE VERACIDAD

El acto administrativo de liquidación de un contrato, una vez ejecutoriado y en firme, queda amparado por la presunción de veracidad en todos sus aspectos de hecho y de derecho y solamente es susceptible de impugnación en acción contractual ante esta jurisdicción de lo contencioso administrativo. La no impugnación de las resoluciones que contienen el corte de cuentas, ahora se constituye en un obstáculo insalvable para revisar si en ellas la administración reconoció las cargas patrimoniales que se le derivaron de la ejecución del contrato y en particular, para incluir las sumas que la parte actora sostiene quedaron por fuera.

CONTRATO ADMINISTRATIVO -Violación/ **RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL**

Los errores cometidos por la administración fueron el origen de los problemas, pero transgredir el contrato no podía ser la forma apropiada de resolver el impase surgido. La orden de no continuar los trabajos, tuvo por causa fallas imputables exclusivamente a la administración, que se debieron a sus errores de cálculo de la obra requerida y por no haber fijado oportunamente el precio que correspondía a las excavaciones. Esa orden, unilateral y arbitraria, constituye una violación al contrato. La conducta irregular de la administración comprometió su responsabilidad patrimonial y por esa razón de ser condenada al pago de los perjuicios de toda índole que le causó a la demandante.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., diez y ocho (18) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 6579. Actor: Pérez y Duque Limitada.

Conoce la Sala del recurso de apelación que interpuso la parte actora contra la sentencia de 30 de noviembre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sección Primera, mediante la cual dispuso:

" 1o. DECLARASE INHIBIDO para resolver sobre los valores no pagados y su reajuste ($15.678.203.55 más $5.487.370.19), por las razones anotadas en la parte motiva de esta providencia.

" 2o. SE CONDENA a las Empresas Públicas de Medellín a pagar a la sociedad demandante Pérez y Duque Ltda., por concepto de sobrecostos y el ajuste correspondiente, las sumas que se cuantifiquen en el incidente ordenado en la misma sección motiva. En dicho incidente se atenderán las directrices trazadas antes.

" 3o. SE DARA cumplimiento a lo que estatuyen los artículos 176 y 177 del C.C.A.".

I. ANTECEDENTES

1o. *La demanda.*

Con fecha de 15 de septiembre de 1988, la Sociedad Comercial PEREZ Y DUQUE LIMITADA, obrando por conducto de apoderado legalmente constituído y en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 87 del C.C.A., formuló demanda en contra de las EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN.

Solicita declarar que la entidad demandada violó e incumplió el Contrato de Obra No. 1/ DJ - 8239-23 de 23 de agosto de 1985, mediante el cual la firma contratista se comprometió a construir el sistema de bombeo, el tanque de almacenamiento y las redes del acueducto del barrio AURES, de la ciudad de Medellín en el Departamento de Antioquia, todo por un valor de $ 152.865.024.oo.

Como consecuencia de la anterior declaración, se pide condenar a la administración a pagar: a) la indemnización de los perjuicios, que comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, ocasionados con ese incumplimiento, avaluados en el mismo libelo en la suma de $32.165.570.74.; b) El valor de los ajustes y actualizaciones financieros, éstos con aplicación de los índices de precios al consumidor, a fin de que el resarcimiento sea pleno y ; c) Las costas del proceso.

2o. *Fundamentos de hecho.*

Aparecen relacionados a los folios 85 y 86 del C.1, y se reducen en síntesis a lo siguiente:

Previo procedimiento licitatorio, en el que por haber presentado la mejor propuesta desde el punto de vista técnico y económico, se seleccionó al demandante para que ejecutara las obras; en el contrato celebrado, antes referenciado, concretamente en el Formulario de Precios, hoja 29, Item 165, se convino que el valor unitario del metro cúbico de excavación entre 0 y 2 metros de profundidad sería de $ 24.978.oo

El contratista ejecutó los trabajos en la forma estipulada, que preveía un total de 15 metros cúbicos de excavaciones; no obstante, con la orden y aprobación de la contratante entre el 1 de febrero y el 6 de marzo de 1986, se procedió a la excavación de un total de 636.97 metros cúbicos de tierra " obviamente a un precio unitario de $ 24.978.oo, como rezaba el contrato ".

El día 7 de marzo del citado año, sin que mediaran razones válidas o aparentes, la interventoria dió la orden de suspender aquellos trabajos de excavación, conllevando, al mismo tiempo, la paralización o por lo menos el retraso en la ejecución de otras obras contratadas.

El siguiente 17 de marzo, es decir, diez días después, el interventor y el Contratista acordaron nuevos y más racionales precios para ese Item, pero sin referirse a lo ya ejecutado, permitiendo así reanudar y continuar las obras.

" Tomando en cuenta que se excavaron 636.97 metros cúbicos de tierra al precio pactado a la celebración del contrato, que se repite fué de $ 24.978.oo por unidad, las EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN dejaron de cancelar a la Sociedad PEREZ Y DUQUE LTDA. (EL CONTRATISTA) la suma de $ 15.910.236.66, más el 35% de esta suma, correspondiente al valor de los reajustes de que se habla en el contrato (Cláusula Séptima). Tan solo pagaron $ 232.036.11.

" 8o) En el contrato de finiquito no se incluyeron cifras relativas a esos 636.97 metros cúbicos de excavación (con excepción de los $232.036.11 de que se habló), y por ello la Sociedad PEREZ Y DUQUE LIMITADA se abstuvo de firmarlo. Las EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN, entonces, procedieron a liquidar unilateralmente el contrato, guardando nuevamente silencio sobre esos 636.97 metros cúbicos de excavación.

" 9) PEREZ Y DUQUE LIMITADA interpuso en tiempo oportuno, contra la Resolución que unilateralmente liquidó el contrato, que lo fué la Nro. 315 del 11 de junio de 1987 el recurso de reposición, aduciendo como motivos de inconformidad básicamente lo hasta aquí expuesto.

" 10) Por Resolución Nro. 419 del 6 de agosto de 1987 las EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN negaron el recurso de reposición interpuesto, aduciendo que los precios eran irreales. Quedó así agotada la vía gubernativa.

" 11) La irrealidad en el precio no puede predicarse respecto de una parte del contrato, sino frente a la totalidad del mismo. O en otras palabras, para decir que un precio es irreal debe mirarse el contexto y no fracciones del contrato.

" 12) El desfase o irrealidad de los precios de otros items condujeron a que él en ese entonces oferente (PEREZ Y DUQUE LIMITADA), compensara tales rubros, asignando al item 165 a) la real subestimación de los otros items, procedimiento de frecuente y legal uso entre los contratistas de obra pública.

" 13) No hubo, mirada la oferta globalmente, irrealidad en los precios, y por ende no puede hablarse de violación del principio de la buena fe o de enriquecimiento sin causa para el contratista, entre otras muchas razones porque de la ejecución del contrato no se derivó ningún empobrecimiento para las EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN.

" 14) No puede, igualmente, hablarse de la ruptura del equilibrio económico del contrato, ya que fué la preservación de tal principio lo que llevó al CONTRATISTA a licitar en tal forma. La conducta contraria, esto es, la asumida por las EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN al no remunerar la obra ejecutada conforme a lo pactado, sí implica el no respeto del citado equilibrio."

"...

" 19) Según todo lo expuesto, la suma reclamada se encuentra pendiente de pago por parte de las EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN, desde que éstas practicaron la liquidación unilateral del contrato, lo que ha ocasionado a " PEREZ Y DUQUE LIMITADA " un sinnúmero de perjuicios materiales que es preciso resarcir.

" 20) También se hace preciso resarcir los perjuicios ocasionados con la suspensión de las obras por parte de la INTERVENTORIA, y que consistieron en el deterioro de las obras ya ejecutadas, en que hubo que remover derrumbes y reabrir las brechas, en que se demoró la ejecución del afirmado, en que la entrada de material al tanque se retrasó, en que el personal estuvo subutilizado, en que la entrega de las obras se demoraron y por ello LAS EMPRESAS cobraron multas, etc., todo por un valor aproximado de $11.000.000.oo."

3. *La actuación en la primera instancia.*

Notificado el auto admisorio de la demanda, las Empresas Públicas de Medellín se apersonaron en la actuación mediante apoderado especial quien contestó la demanda, propuso la excepción de pago y solicitó la práctica de pruebas (fls. 97 a 102); éstas conjuntamente con las que fueron pedidas por la parte actora fueron decretadas por auto de fl. 103, las que se allegaron de manera regular y oportuna al proceso.

Vencido el término otorgado para que se acreditaran los hechos que son materia de la controversia, se corrió traslado a las partes a fin de que alegaran de conclusión;

en el escrito que presentó el apoderado de la actora, luego de historiar los antecedentes y de referirse a las pruebas recogidas en el proceso, termina solicitando acoger el *petitum* del libelo introductorio del proceso.

En la misma oportunidad procesal, el procurador judicial de la demandada, advierte que el contrato fué liquidado unilateralmente por su representada y que contra el acto respectivo, hizo uso el contratista de los recursos por vía gubernativa, en consecuencia, el derecho que reclama quedó condicionado a la nulidad de tales resoluciones que como no fueron demandadas, ahora impiden como solicita declararlo, la prosperidad de la demanda. (fls. 196 a 205).

La Fiscalía, coincide con el criterio de la parte demandada, razón por la cual, conceptúa que el contratista debió impugnar ante esta jurisdicción las resoluciones con las que se liquidó el contrato que fueron las que en verdad generaron su inconformidad; como los actos mencionados están amparados por la presunción de veracidad de sus fundamentos, en el *sub-lite* impiden demostrar el incumplimiento del contrato por la administración y en esas condiciones, no pueden prosperar las peticiones del libelo inicial de esta actuación.

4. *La sentencia recurrida.*

En el fallo visible a los folios 224 a 245, según lo que se copió atrás, las pretensiones de la demanda prosperaron parcialmente. El *a-quo,* luego de historiar los antecedentes y de referirse a las actuaciones contractuales previstas en la Codificación Contencioso - Administrativo, interpreta que la acción propuesta en la realidad se encamina a obtener la declaratoria del incumplimiento contractual de la administración y al consecuente resarcimiento de los perjuicios resultantes de esa conducta.

Refiere el Tribunal, que en autos obra copia de la Resolución No. 315 del 11 de junio de 1987 mediante la cual se liquidó el contrato de obra y que esa providencia, fué recurrida en reposición, aduciendo el contratista similares hechos y razones las que son la causa de esa controversia, esto es, que las labores de excavación no fueron liquidadas al precio convenido en el contrato de $ 24.978.oo por metro cúbico de tierra. Y no se hizo así, porque las Empresas Públicas de Medellín estimaron que esa valoración era no solo irreal sino exagerada, por lo cual procedieron a confirmar el acto de finiquito inicial.

En lo concerniente a las disposiciones legales que regulan esa materia, el Tribunal destaca que existen algunas que pueden denominarse sustantivas o esenciales, frente a las simplemente procedimentales o relativas a la debida conformación del acuerdo de voluntades y que de estas hace parte aquel corte de cuentas, que es uno de los tópicos cuya reglamentación le está atribuida a los entes municipales. Con esa base interpretativa, afirma, el establecimiento público demandado, por medio del Decreto 02 de 1983 reguló la liquidación de los contratos y a él se acogió la que fué practicada en la actuación administrativa.

Ahora bien, para concluir con el análisis de este punto, el *a-quo* precisa que para obtener la declaratoria de incumplimiento del contrato por el no pago completo de lo debido por concepto de excavaciones, era imprescindible que se hubiera demandado la nulidad o modificación de las providencias con las que se hizo su liquidación; a fin de sustentar sus apreciaciones, discurre de la siguiente manera:

" 4.2. En otro orden de cosas, la resolución que liquidó el presente contrato es un verdadero acto administrativo unilateral, (aunque con sus particularidades propias), que debe someterse al procedimiento gubernativo y goza, entre otros privilegios, del de la presunción de legitimidad: debe considerarse sujeto a derecho mientras no sea anulado o suspendido por la jurisdicción competente (artículo 66 del C.C.A.). No le es dado entonces al Tribunal hacer ningún pronunciamiento sobre la cuestión que las Empresas definieron cuando liquidaron el contrato, por cuanto la demandante no cumplió con su obligación procesal de impugnar las resoluciones números 315 y 419.

" 4.3. Como lo tienen dicho la doctrina y la jurisprudencia, la acción indemnizatoria de perjuicios no es la única que es posible ejercitar durante el desarrollo de un contrato. También es viable invocar la terminación o el cumplimiento, como peticiones *principales,* y la indemnización de los perjuicios, en ambos casos, como *accesoria* (artículo 1546 de C.C). O solicitar, a la manera de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 85 del C.C.A.) la nulidad de la resolución que declaró la caducidad o interpretó, modificó, terminó, finiquitó o liquidó el contrato o que simplemente impuso una multa a un contratista, casos en los cuales no procede el restablecimiento del derecho supuestamente conculcado sino se obtiene previamente la declaratoria de nulidad del acto administrativo correspondiente.

" 4.4. Como es claro, a la Sala no le es dado suplir al demandante. O lo que es más exacto, llenar vacíos u omisiones en que éste haya incurrido. No le queda, pués, una opción distinta a la de abstenerse de resolver sobre este aspecto concreto."

Ahora, al estudiar los sobrecostos del contrato, el Tribunal concluye que la orden de suspender las labores de excavación sí fué impartida unilateralmente por la administración y que acarreó el deterioro de lo ejecutado y el atraso de otras obras; que en él no hubo fuerza mayor ni caso fortuito; que la suspensión se cumplió entre el 7 y el 17 de marzo de 1986; que con esa orden irregular se violó la convención y se produjo un daño, que si bien está debidamente probado, no pudo cuantificarse, y agrega:

" 8.- Se tiene, en consecuencia, que hubo un perjuicio, pero no existen las bases suficientes para cuantificarlo. O dicho de otro modo: la suspensión causó, automáticamente, un daño, pero la parte demandante omitió su tasación. Se procedera por lo tanto de conformidad con el artículo 172 del C.C.A., que prevé para estos casos una condena " en forma genérica, señalando las bases con arreglo a las cuales se hará la liquidación incidental...". En defecto del artículo

308 del Código de P.C., que hoy no rige, se acudirá al trámite incidental que reglamentan los artículos 137 y s.s. del Código de P. Civil (la remisión tiene su fundamento en el artículo 267 del mismo código administrativo). Durante el incidente se tendrán en cuenta las siguientes premisas: a.- el alcance de la suspensión es el que se determina en la " Boleta de Interventoria " de folios 3. Cuaderno No.2. b.- La mencionada paralización se inició el 7 de marzo y culminó el 17 del mismo mes (ver, entre otros, memorando de folios 38 y hechos 4 y 5 de la demanda). c.- En cuanto a personal y equipo del contratista, deberán consultarse los documentos del contrato recogidos por las Empresas, la Interventoría y el contratista. d.- El invierno sólo se considerará como hecho causante del daño si fué anormal, si excedió, según los registros pluviométricos de la época, los cálculos y previsiones de las partes. Y sólo se valorará el que debió soportar Pérez y Duque a raíz y con motivo de la suspensión (del 7 al 17 de marzo). e.- Los ajustes que se hagan se sujetarán a las prescripciones del artículo 178 del C.C.A. f.- Los perjuicios que se deduzcan serán los que se enuncian en el aparte 20 de la demanda y los que refieren los declarantes y los peritos. Y su monto total no podrá exceder de $11.000.000.oo "

5. *Las alegaciones en la segunda instancia.*

Inconforme con el fallo así producido, la parte actora lo apeló oportunamente y al sustentar su recurso pide revocarlo en lo que le es desfavorable y hacer las declaraciones pedidas en el libelo inicial (fls. 252 a 254).

Reconoce el hecho de la liquidación unilateral de la administración, porque el contratista se abstuvo de participar en ella debido a que se mantenía el impase preexistente por el precio de las excavaciones; que, de todas maneras, en ella fueron tasadas por el valor unitario que se acordó en marzo 17 de 1986, que regía para las que se ejecutaran de ahí en adelante. Entonces, concluye el apelante:

" Esta conducta anticontractual evidentemente, hizo que " Pérez y Duque Limitada " se abstuviera de firmar el acta de finiquito y, por ende, que recurriera a la Rama Jurisdiccional en la acción de reparación directa y cumplimiento, previo el agotamiento de la vía gubernativa.

" La sentencia como se anotó, encuentra reparos en que no se demandó la nulidad de las resoluciones 315 y 419 (aquélla de liquidación unilateral y ésta desestimatoria de recurso), sin parar mientes en que, precisamente, con el agotamiento de la vía gubernativa se perseguía el aniquilamiento.

" En verdad cuando el Decreto 222/ 83/ art.289, y el Estatuto Contractual de las Empresas Públicas de Medellín, dicen que una resolución de esa laya queda sujeta a los recursos ordinarios por la vía gubernativa, simplemente están indicando que allá en esa etapa donde se debe mostrar la conformidad (con silencio) o la inconformidad (con remedios procesales), y mucho más cuando lo relativo a la liquidación de un contrato de obra pública debe encajar en las materias sustantivas o esenciales (en la sentencia se sostiene lo contrario) por

aquello de poder obrar unilateralmente y por los privilegios mismos de la administración, y no en los procedimentales donde entes públicos y particulares se supone que obran en el mismo pie de igualdad.

" Quiero con lo anterior significar que, en mi sentir, cuando en la etapa gubernativa se impugna por algún medio el acto administrativo unilateral en nuestro caso- ya queda demostrada la inconformidad y que, por lo mismo, no es menester solicitarle a la Rama Jurisdiccional un pronunciamiento expreso y posterior sobre la nulidad, pues sería reconocerle un efecto mayúsculo a algo que no fué aceptado en la causa, administrativamente desde luego.

"Pero, además, cuando se está pidiendo la reparación directa y el cumplimiento del contrato, tal conducta presupone obviamente que el pronunciamiento lleve implícita la declaratoria de nulidad, precisamente por la esencia de la acción y sobre todo porque no existió un " auténtico corte de cuentas entre los contratantes ". Es que con la sola demanda se está indicando inequívocamente que no se le reconoce ningún efecto o validez a ese acto administrativo por lo repelente, y que lo que se busca es alejarlo del marco jurídico, con mayor fuerza si se generó en un contrato de obligatorio cumplimiento para las partes. En otras palabras: el contrato sobrevive con o sin esas resoluciones, pero éstas no pueden subsistir sin el soporte de aquél. O para decirlo de una vez, no debe sacrificarse el derecho por la fórmula, como reza el viejo aforismo."

En el término de traslado para alegar en esta segunda instancia, las partes guardaron silencio, o sea, que la demandada no replicó sobre los fundamentos del recurrente.

6. *El concepto Fiscal.*

Para la Fiscalía Octava del Consejo de Estado, la prosperidad de la demanda estaba condicionada a que contra las resoluciones que contienen la liquidación de la convención se hubieran ejercitado las acciones que el contencioso administrativo consagra. A ese respecto, afirma:

" En el caso en estudio, la sociedad actora se abstuvo de demandar la declaratoria de nulidad de las Resoluciones 315 y 419, por las cuales se liquidó el contrato y se decidió que no procedía el reconocimiento y pago de tales sumas. La voluntad unilateral expresada de la administración en las resoluciones indicadas, ha de producir efectos jurídicos como el finiquito del contrato por medio de un acto jurídico pleno y que solamente puede ser invalidado por el juez del contrato.

"Efectivamente, si la Sociedad Contratista estaba inconforme con la diligencia de la liquidación del contrato, plasmada en las resoluciones 315 y 419, una vez agotados los recursos por la vía gubernativa, la controversia podía ser definida por la jurisdicción contencioso administrativa, por cuanto esos actos administrativos son susceptibles de ser demandados ante esta jurisdicción."

Consecuente con esos planteamientos, solicita a la Corporación revocar la providencia recurrida y en su lugar denegar las súplicas de la demanda.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala el fallo objeto del presente recurso debe confirmarse, pues comparte la interpretación que hizo de los hechos y lo fundamental de sus conclusiones.

Como bien se aprecia de lo alegado por las partes y del acervo probatorio recaudado en el proceso, la controversia se reduce a dos aspectos fundamentales: El primero, a la declaración del incumplimiento del contrato de obra, en razón de que la administración no pagó el precio acordado para las excavaciones hechas a menos de dos metros de profundidad; el segundo, que se declare que la demandada violó el contrato al haber ordenado la suspensión de esos trabajos y que con esa determinación comprometió su responsabilidad patrimonial por los daños que irrogó al contratista.

Definidos así los problemas jurídicos, se procede a estudiarlos en el mismo orden:

PRIMERO: La realidad que se desprende en forma clara de las pruebas recogidas en el *sub-lite,* muestra que fueron errados los cálculos técnicos y el análisis de la propuesta hecha por Pérez y Duque Limitada:

Las excavaciones en tierra requeridas, no fueron de aproximadamente quince metros, pues excedieron de 636.97 metros cúbicos; ahora, nada se hizo para que el valor de la unidad métrica de excavación se ajustara a su valor real y por esa falla, en el convenio quedó en $ 24.967.oo, el precio unitario.

Esos dos aspectos constituyen el antecedente cierto y concreto de las diferencias surgidas entre las partes, pero el impase solo vino a configurarse cuando el contratista pretendió que sobre las cantidades de esa obra que se ejecutaron por fuera de lo convenido se le pagara por aquél valor unitario. Entonces, sin ningún fundamento legal y más, sin prever las consecuencias de una medida de esa naturaleza podía acarrear, la demandada hizo suspender esos trabajos pése a los efectos que acarreó sobre otras de las actividades contratadas y sólo vino a levantarla cuando se convino un precio más acorde al que ellas tienen en el mercado de la construcción.

Más adelante y cuando se dieron los presupuestos de ley para ello, la demandada dictó la Resolución No. 315 del 11 de junio de 1987, con la cual liquidó unilateralmente el contrato y en relación con las excavaciones lo hizo con el nuevo precio señalado en el acuerdo de marzo 17 de 1986; el corte de cuentas fué unilateral, en virtud de que el contratista entendió que los nuevos precios solo regían para los trabajos que se ejecutaron de aquella fecha en adelante. El interesado recurrió la providencia en reposición, que la administración desató con la Resolución

No. 419 del 6 de agosto del mismo año, en el sentido de confirmar en lo pertinente la estimación inicial y así quedó agotada la vía gubernativa.

El acto administrativo de liquidación de un contrato, una vez ejecutoriado y en firme, queda amparado por la presunción de veracidad en todos sus aspectos de hecho y de derecho y solamente es susceptible de impugnación en acción contractual ante esta jurisdicción de lo Contencioso - Administrativo. Tal es la orientación que ha aplicado la Corporación en torno a esa materia, como puede verse entre otros, en la sentencia de 3 de mayo de 1990 (expediente No. 5335, actor: Sociedad Neira Medina y Cia Limitada), de la que fué ponente el Consejero Doctor Carlos Betancur Jaramillo. De los términos en que se halla concebida la demanda, la prosperidad del *petitum* en el tema que se estudia, llevaría indefectiblemente a la revisión y modificación del resultado económico de la convención, cuestiones que quedaron definidas en la liquidación del contrato.

En tales circunstancias, resulta acertada la conclusión del *a-quo* en cuanto estima que la no impugnación de las resoluciones que contienen el corte de cuentas, ahora se constituye en un obstáculo insalvable para revisar si en ellas la administración reconoció las cargas patrimoniales que se le derivaron de la ejecución del contrato en particular, para incluir las sumas que la parte actora sostiene que quedaron por fuera.

De todo lo anterior, se desprende como lógica consecuencia que el demandante desacertó en la vía escogida para postular la súplica que se dejó estudiada; como consecuencia necesaria, en la parte resolutiva de este fallo habrá de confirmarse el ordinal primero de la sentencia recurrida.

SEGUNDO. Reclama también la parte actora, el resarcimento de la lesión patrimonial que padeció, ya que a raíz de las divergencias surgidas por el precio de las excavaciones, para zanjarlas, la administración optó por ordenar la suspensión de trabajos de esa naturaleza, lo cual trajo como consecuencia la paralización de esas y otras obras, al mismo tiempo que el deterioro de las que se habían realizado; todo en perjuicio del contratista, quien a su cargo de todas maneras tuvo que cumplir con la ejecución de las obras contratadas.

En fuerza de la situación que se observa en el proceso, se concluye que en realidad los errores cometidos por la administración fueron el origen de los problemas, pero transgredir el contrato no podía ser la forma apropiada de resolver el impase surgido; distinta y rápida debió ser la salida jurídica que debió buscarse para superar la situación y en todo caso, de ella no podía salir afectado como lo fué el contratista. La suspensión fué la verdadera equivocación de la entidad pública y con ella produjo el daño.

Entonces, en este aspecto, la Sala también comparte el amplio análisis efectuado y las conclusiones del *a-quo*. La valoración del acervo probatorio, permite concluir que en efecto:

1.- La orden de no continuar los trabajos, tuvo por causa fallas imputables exclusivamente a la administración, que se debieron a sus errores de cálculo de la obra requerida y por no haber fijado oportunamente el precio que correspondía a las excavaciones.

2.- Esa orden, unilateral y arbitraria, constituye una violación al contrato, al tenor de lo dispuesto por el artículo 1602 del C.C.

3.- Tal decisión surtió sus efectos entre el 7 y el 17 de marzo de 1986 y aquellos se reflejaron en mayores costos derivados de la disponibilidad de los recursos humanos y de los equipos vinculados a las obras que resultaron afectadas y también, en los que le representó rehacer y poner al día las obras deterioradas y las que sufrieron atraso.

La conducta irregular de la administración comprometió su responsabilidad patrimonial y por esa razón debe ser condenada al pago de los perjuicios de toda índole que le causó a la demandante.

Acreditados los supuestos de la responsabilidad contractual (la violación del contrato), debe examinarse si en verdad se acreditaron los perjuicios alegados. En efecto:

A.- Según el libelo inicial del proceso, ellos comprenden los siguientes aspectos que delimitan el alcance y contenido de esa pretensión:

a) En el deterioro de las obras ya ejecutadas.

b) En que hubo de remover derrumbes y reabrir las brechas.

c) En que se demoró la ejecución del afirmado.

d) En que la entrada del material al tanque se retrasó.

e) En que el personal estuvo subutilizado.

f) En que la entrega de las obras se demoraron y por ello LAS EMPRESAS cobraron multas.

El monto de esos sobrecostos, fué estimado en la suma de $11.000.000.oo. A través del dictamen pericial que fué rendido en el proceso, se puso en evidencia en qué consistieron, que coincide fundamentalmente con la demanda, según lo que se copió anteriormente; todo con la salvedad de la multa a que allí se alude, ajena a esa situación, originada en verdad en los siguientes antecedentes:

1.- El contrato se suscribió el 23 de septiembre de 1985 y la orden de iniciar los trabajos se impartió el 16 de diciembre del mismo año y a partir de esta última

fecha corrieron los 250 días solares o comunes del plazo de la convención, que venció *el 22 de agosto de 1986.*

2.- No obstante lo anterior, las partes suscribieron un contrato adicional, *No 1-DJ-8239/23 el 20 de octubre de 1986.* En este, el plazo contractual inicial se amplió en 42 días y a ello se sumaron 42 de suspensión por pruebas en el tanque de almacenamiento, corriéndose en definitiva hasta noviembre 14 de 1986.

3.- Pese a todo, el contratista solo vino a hacer entrega de las obras el siguiente (2) dos de diciembre, con un retardo que se estimó injustificado en 18 días.

Esa mora condujo a que mediante Resolución No. 002 de enero 13 de 1987 se le impusiera la multa a que alude, por cuantía de $ 2.751.570.36; tal acto administrativo, ejecutoriado y en firme, está amparado por la presunción legal de validez y no es revisable jurisdiccionalmente.

B.- Con el objeto de establecer los mayores costos que le significó al contratista la suspensión unilateral de las obras, además de las orientaciones fijadas por el Tribunal, deberán observarse las siguientes pautas en el trámite incidental de liquidación:

1.- Se excluirá lo concerniente a la multa, es decir, que el valor histórico de la condena no podrá exceder de $8.248.429.64 y no de $11.000.000.oo como lo señaló el *a-quo.*

2.- Se tendrán en cuenta los libros de contabilidad y las declaraciones de renta y patrimonio de la firma demandante, que deberá facilitarlos para ese efecto.

3.- Los costos de administración por el tiempo de la suspensión de las labores, serán inferiores a los registrados en plena actividad.

4.- La actualización de la condena se hará con aplicación de la siguiente fórmula:

$$Ra = \frac{\text{Indice Final}}{\text{Indice Inicial}}$$, de donde Ra es la

renta actualizada o suma que se busca; R el valor histórico de los perjuicios, que no podrá ser superior a $ 8.248.429.64; Indices de los precios al consumidor que certifique el DANE, siendo inicial el del mes de abril de 1986 y el final el de la fecha de ejecutoria del auto de liquidación.

Las sumas así liquidadas, devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de este fallo y moratorios de ahí en adelante.

No prospera la petición del recurrente sobre la condena al pago de las costas del proceso en contra de la entidad pública demandada, por prohibirlo expresamente los artículos 171 del C.C.A y 393 del C. de P.C.

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,

F A L L A :

PRIMERO: Con las aclaraciones hechas en la parte motiva de esta providencia, confírmase la sentencia apelada, esto es, la de 30 de noviembre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sección Primera.

SEGUNDO: Las sumas que resulten liquidadas en el trámite incidental, devengaron intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de este fallo y moratorios después de esè término.

TERCERO: Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

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

Esta providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, 18 de junio de 1992.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

LIQUIDACION DEL CONTRATO -Naturaleza/ **ACTO CONTRACTUAL/ CONTROVERSIAS CONTRACTUALES/** (Salvamento de Voto)

Cuando la administración liquida unilateralmente un contrato produce un típico acto administrativo contractual. Si esa liquidación desconoce un derecho del contratista podrá impugnarse por éste mediante una acción contractual. Esa impugnación podrá hacerse de dos formas diferentes: la una, la ortodoxa, en la cual se pide, como se estila en la acción de restablecimiento que regula el artículo 85 del C.C.A. : la nulidad del acto de liquidación y como consecuencia que se haga una nueva liquidación con base en otros extremos probados. Y la otra, en la que esa impugnación está implícita en la demanda, porque al cuestionarse los extremos que conforman esa liquidación y pedirse un resultado diferente, es obvio que se pretende que se haya, por el juez, una liquidación diferente acorde con lo pedido. No puede olvidarse que la controversia que gira en torno a un acto contractual, no es exactamente una acción de nulidad y restablecimiento, sino una controversia típicamente contractual. De allí que no sea siempre requisito *" sine qua non "* la expresa petición de la nulidad del mencionado acto.

Salvamento de Voto, Carlos Betancur Jaramillo.

Ponente : *Doctor Daniel Suárez H.*

Referencia : Expediente N° 6579. Actor : Pérez y Duque Ltda.

Con todo respeto me separo de la decisión mayoritaria, aunque en forma parcial.

Estimo que debió revocarse la decisión inhibitoria que contempla el ordinal 1° del fallo del tribunal para, en su lugar, definir la pretensión de fondo.

Con lo anterior el suscrito no se contradice de lo que ha venido sosteniendo en asuntos similares :

a) Cuando la admimistración liquida unilateralmente un contrato produce un típico acto administrativo contractual.

b) Si esa liquidación conculca o desconoce un derecho del contratista, esa liquidación, como fuente que es del litigio, deberá impugnarse jurisdiccionalmente por este, para buscar así restablecimiento de sus derechos, mediante una acción contractual (artículo 87 del c.c.a.).

c) Si es claro lo anterior, también lo es que esa impugnación podrá hacerse en dos formas diferentes : la una, la ortodoxa, en la cual se pide, como se estila en la acción de restablecimiento que regula el artículo 85 del c.c.a. , la nulidad del acto de liquidación y como consecuencia que se haga una nueva liquidación con base en otros extremos probados . Y la otra, en la que esa impugnación está implícita en la demanda, porque al cuestionarse los extremos que conforman esa liquidación y pedirse un resultado diferente, es obvio que se pretende que se haga, por el juez, una liquidación diferente acorde con lo pedido.

d) No puede olvidarse que la controversia que gira en torno a un acto contractual (como la aquí decidida), no es exactamente una acción de nulidad y restablecimiento de las señaladas en el artículo 85 del código, sino una controversia típicamente contractual. De allí que no sea siempre requisito *sine qua non* la expresa petición de la nulidad del mencionado acto.

Si la jurisprudencia las ha asimilado formalmente, no las ha confundido sustancialmente . Tan cierto es esto que la pretensión anulatoria de un acto contractual se puede acumular con otras pretensiones de reclamación directa de sello contractual, tal como serían las de cumplimiento, responsabilidad, indemnización de perjuicios, etc. etc. sin que pueda hablarse de acumulación indebida de pretensiones.

En los demás comparto la sentencia.

Con todo respeto

Carlos Betancur Jaramillo

Santafé de Bogotá D.C. , junio veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y dos (1992)

SENTENCIA -Aclaración/ **SENTENCIA**-Corrección/ **ERROR ARITMETICO**

La lectura desprevenida de la parte resolutiva del fallo evidencia la sinrazón para pretender aclaración de la misma y, mucho menos por la manera genérica, abstracta e indeterminada como lo enunció el memoralista. La pretendida corrección aritmética, antes que serlo, busca más bien modificación del criterio jurídico expresado en el fallo, situación ésta a todas luces incompatible con la filosofía que orienta la figura de la corrección aritmética, que no es otra distinta a la de enmendar las equivocaciones matemáticas formales, mas no sustanciales, que se presenten en las providencias del juez. Proceder en esta oportunidad a cuestionar la existencia o no de cantidades indexadas, a controvertir los períodos en que se cumplieron, a desvirtuar los planteamientos estructurales de la providencia, implicaría tergiversar normas procedimentales que en ningún momento autorizan la reforma o revocatoria de la sentencia por el juez que la dictó.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C. , junio dieciocho (18) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente : *Doctor Daniel Suárez Hernández.*

Referencia : Expediente N° 5326. Actor : Carbones de Colombia S.A. Vs. Consorcio Domi Prodeco Auxini. Naturaleza: Anulación Laudo Arbitral.

Entra la Sala decidir la solicitud interpuesta por el señor apoderado judicial de CARBONES DE COLOMBIA S.A. CARBOCOL, consistente en la " aclaración y la corrección de algunos errores aritméticos contenidos en la parte resolutiva" de la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, el 15 de mayo del año en curso, por medio de la cual se desató el recurso de anulación contra el Laudo Arbitral, de fecha marzo 4 de 1988 por el

Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias suscitadas entre ella y el Consorcio DOMI PRODECO AUXINI.

Los argumentos de dicha solicitud se esbozan de la siguiente manera :

" 1ª En las corrección del subnumeral 2) del punto TERCERO del laudo, se fijó la reparación del daño emergente causado por los gastos no rembolsados en que incurrió el Consorcio desde la iniciación del contrato hasta el 31 de julio de 1987, en la suma de Seis mil doscientos cincuenta y seis millones seiscientos sesenta y un mil ciento veintiseis pesos ($6.256.661.126.00).

" Esta cifra, fué calculada por el Consejo tomando como costo histórico de los gastos efectuados en los tres periódos a que se refieren tanto los peritos financieros como el laudo el que, en realidad, corresponde exclusivamente al lapso comprendido entre el 1° de de Septiembre de 1985 y el 31 de Julio de 1987 dejando por fuera de esta manera, la indexación señalada para los dos primeros periodos.

" En efecto : En el cuadro elaborado por los peritos financieros para dar respuesta a la pregunta 3.12 y que figura a folio 72 de su trabajo inicial, aparece que los gastos de Septiembre 1° de 1985 a Julio 31 de 1987, ascedieron a la suma de Seis Mil doscientos cincuenta y seis millones seiscientos sesenta y un mil ciento veintiseis pesos ($ 6.256.661.126.00) tomada por el Consejo que, después de la indexación del valor de los Gastos Generales de operación, montaba a Seis mil cuatrocientos treinta y cinco millones ciento treinta y cuatro mil trescientos setenta y siete pesos ($ 6.435.134.377.00).

" Entonces, a la indexación por valor de Ciento setenta y ocho millones cuatrocientos setenta y tres mil doscientos cincuenta y un pesos (178.473.251.00) aplicada al costo histórico de los Gastos Generales de operación que se cita en las página 80 del fallo del Consejo, causados en el mencionado periodo del 1° de Septiembre de 1985 al 31 de Julio de 1987, deben sumarse las partidas correspondientes a los periodos anteriores que equivalen en cuanto al lapso corrido hasta el 31 de Marzo de 1985, a Doscientos veintiun millones trescientos tres mil quinientos sesenta y dos pesos ($ 221.303. 562.00) ($613.816.153.00) menos el costo histórico de ($392.512.591.00) y al segundo periodo comprendido entre el 1° de Abril y el 31 de Agosto de 1985, Quinientos cuarenta y cinco millones quinientos ochenta y nueve mil cuatrocientos sesenta y siete pesos ($545.589.467.00) ($1.750.036.810.00) menos el costo histórico de ($1.204.447.343.00)

" Ahora bien, para llegar a la cifra de Seis mil setecientos treinta y dos millones ochocientos cincuenta y seis mil ciento noventa pesos ($6.732.856.190.00) objeto de la condena proferida en el subnumeral 2) del numeral TERCERO del laudo, los Arbitros habían efectuado la siguiente operación :

" A. Totalizó las partidas indexadas por peritos financieros en los tres periodos (folios 72 del dictamen original y 38 y 39 de la aclaración) y obtuvo la cantidad de

$8.798.987.340.00

Dedujo del total anterior la cantidad en que había calculado los gastos financieros de los ocho millones de dólares del anticipo o sea, $2.066.131.150.00

Y obtuvo la cifra a cuyo pago condenó a Carbocol en el subnumeral 2) del punto TERCERO de la parte resolutiva, o sea, (folio 67 del laudo) $6.732.856.190.00

" Como de acuerdo con lo resuelto por el Consejo de esta condena debe excluirse lo que corresponde a la indexación o corrección monetaria llevada a cabo por los peritos financieros, la deducción debe ser, por los aspectos que se vienen analizando, de Novecientos cuarenta y cinco millones trescientos sesenta y seis mil doscientos ochenta pesos ($945.366.280.00) y no de Cuatrocientos setenta y seis millones ciento noventa y cinco mil sesenta y cuatro pesos ($476.195.064.00) que se menciona en el fallo. (Folio 81).

" B. De manera general, el Consejo en su fallo destacó la indexación o corrección monetaria del costo histórico de los gastos que debían reembolsarse al Consorcio que había sido solicitada por su apoderado, por primera vez, en el cuestionario formulado a los peritos financieros, en vista de que este tema no había sido sometido a la decisión de los Arbitros (folios 76 a 78).

" En este orden de ideas, citó la respuesta dada por los expertos financieros a la pregunta 3.12 que les formuló el Consorcio (folio 73 del trabajo original) en la cual se les solicitó la actualización a valores constantes de todos los costos, gastos, etc. precisando la metodología que emplean para calcular tal indexación como " variación de la tasa de cambio del peso colombiano respecto del dólar norteamericano " , a lo cual ellos respondieron, según lo transcribió el Consejo, que en la correspondiente al punto 3.4: Se indexaba únicamente la parte de Gastos Generales de Operación y se conservaba el valor del Costo de los Bienes de Arrendamiento Financiero debido a que, " *por el sistema de cálculo empleado se obtuvieron estas cifras a precios* de Julio 31 de 1987". (he subrayado).

" De esta manera, cuando los peritos absolvieron esta pregunta ya habían procedido, de mutuo propio, a calcular la corrección monetaria a través de la variación de la tasa de cambio del peso colombiano, como efectivamente lo hicieron al dar respuesta a las preguntas 3.2, 3.3 y 3.4. (folios 4, 38 y 41 del experticio original) donde bajo el punto b. y como parte del Arrendamiento

Financiero, se incluye un renglón denominado diferencia de cambio en capital de trabajo.

" Con mayor precisión, en el folio 45 del mismo trabajo se incluye un cuadro en el cual se discriminan las partidas correspondientes a la Diferencia en Cambio sobre créditos en dólares para capital de trabajo y en el folio 46 en el cuadro denominado Costo del Arrendamiento Financiero se incluye por este concepto las siguientes partidas:

Hasta el 31 de Marzo de 1985	$ 484.186.438.00
Por el periodo comprendido entre el 1° de Abril y el 31 de Agosto de 1985	$ 141. 845.000.00
Por el periodo comprendido entre el 1° de de Septiembre de 1985 y el 31 de Julio de 1987	$ 525.250.000.00
Total	$ 1.151.281.438.00

" En consecuencia a pesar de haber transcrito la manifestación de los peritos financieros, en el sentido de que en el valor del Arrendamiento Financiero ya habían incluído la indexación o corrección monetaria proveniente del cambio experimentado desde la iniciación del contrato hasta el 31 de Julio de 1987 en la cotización del dólar estadinense, el Consejo a tiempo de calcular el costo histórico de este gasto, incurrió en el error de omitir, para deducirla, la cantidad señalada por los peritos como correspondiente a la diferencia en el cambio y, por ello, de la condena hecha por los Arbitros en el subnumeral 2) del punto TERCERO que comprende el resultado de dicha indexación, debe resaltarse la expresada cantidad total de un mil ciento cincuenta y un millones doscientos ochenta y un mil cuatrocientos treinta y ocho pesos ($1.151.281.438.00).

" En resumen y sobre lo relacionado con esta condena a la reparación del daño causado por los gastos, deben corregirse así :

Valor indexado de los gastos no reembolsados en que incurrió el Consorcio desde la iniciación del contrato hasta el 31 de Julio de 1987, según el laudo. $6.732.856.190.00

Menos : Valor de la indexación de los gastos por aplicación de los índices de precios al consumidor $ 945.366.280.00

Valor de la corrección monetaria del Arrendamiento Financiero por variación en la tasa de cambio del

dólar americano $1.151.281.438.00

Valor a deducir por estos conceptos
$ 2. 096.647.718.00

$ 2.096.647.718.00

$ 2.096.647.718.00

Costo histórico de los gastos no reembolsados a cuyo pago se refiere la corrección hecha por el Consejo al subnumeral 2) del numeral TERCERO del laudo

$4.636.208.472.00

2ª En la corrección del subnumeral 4) del punto TERCERO del laudo, el Consejo fijó de indemnización del lucro cesante durante el transcurso del tercer año minero, en la suma de Doscientos treinta y cuatro millones trescientos setenta y cinco mil pesos ($ 234.375.000.00), para reducir esta condena según lo dijo en el folio 82 del fallo, a su valor histórico presentado por los peritos financieros.

En este particular, a tiempo de transcribir la cifra señalada por los citados peritos, incurrió el Consejo en el error de incluir como costo histórico el que habían mencionado los peritos financieros en su trabajo original y no el que tuvieron en cuenta las aclaraciones y correcciones que era de Doscientos doce millones seiscientos dieciocho mil setecientos cincuenta pesos ($212.618.750.00.)(folio 72 del trabajo inicial y 39 de las correcciones o aclaraciones)

" Por ello, este error de transcripción debe corregirse para señalar la cifra verdadera que es de Doscientos doce millones seiscientos dieciocho mil setecientos cincuenta pesos($ 212.618.750.00) por aplicación de lo resuelto por el Consejo.

Para resolver se **CONSIDERA:**

1. Prescribe el artículo 309 del C. de P.C., modificado por la reforma Nº 139 del artículo 1 del Decreto 2282 de 1989, que " La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció . ;Con todo, dentro del término de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte, podrán aclararse en auto complementario, los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutiva de la sentencia o que influyan en ella ".

2. Por su parte el artículo 310 del citado C. de P.C., modificado por la reforma N° 140 del artículo 1 del Decreto 2282 de 1989, establece que " Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético, es corregible por el juez que la dictó, en cualquier tiempo de oficio o a solicitud de parte mediante auto susceptible de los mismos recursos que procedían contra ella salvo los de casación y revisión " .

"..."

3. Sea lo primero resaltar que en punto relacionado con la solicitud de aclaración, como se evidencia de la transcripción hecha del memorial presentado por el señor apoderado de CARBOCOL , no se señala, así sea someramente, cuales pueden ser " Los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda " que aparezcan en la parte resolutiva de la sentencia o que pudieran influír en ella, circunstancia que impide a la Sala tratar de hacer más clara la parte del fallo del 15 de mayo de 1992.

Es de advertir que la parte resolutiva de la sentencia aparece ser lo suficientemente explícita y compresiva, dado que tuvo el ciudadano de precisar, con toda nitidez en el numeral PRIMERO, que se niega la anulación del Laudo Arbitral del 4 de marzo de 1988; en el numeral SEGUNDO, dispone CORREGIR el mencionado Laudo Arbitral en los términos de las resoluciones que a continuación enuncia ; bajo el numeral TERCERO, ordinal a, corrige el subnumeral 1) del punto TERCERO de la resolutiva del Laudo, en la cuantía que allí se señaló; el ordinal b, corrige el subnumeral 2) del punto TERCERO del Laudo, para señalar la cuantía que allí se fijó; el ordinal c, corrige el subnumeral 3) del punto TERCERO del Laudo y consigna la cantidad de reemplazo; el ordinal d, corrige el subnumeral 4) del punto TERCERO del Laudo y fija la cuantía alli señalada por concepto de lucro cesante causado el tercer año minero; el ordinal e, corrige el subnumeral 5) del punto TERCERO del Laudo, para negar el lucro cesante pretendido entre el 1 de septiembre de 1985 y la terminación del contrato. Por su parte, el numeral CUARTO, negó las demás correcciones y adiciones pretendidas con el recurso extraordinario. Bajo el numeral QUINTO se negó la condenación en costas dentro del recurso extraordinario . Y por último, el numeral SEXTO ordenó la expedición de copias del fallo con destino a las partes y al Ministerio Público, todo de conformidad con el artículo 115 del C. de P.C.

La lectura desprevenida de la resolutiva del fallo evidencia la sinrazón para pretender aclaración de la misma y, mucho menos por la manera genérica, abstracta e indeterminada como lo enunció el memorialista. Por consiguiente se rechazará la solicitud de aclaración.

4. En cuanto a la solicitud de " corrección de algunos errores aritméticos contenidos en la parte resolutiva.... " pretendida por el señor apoderado de CARBOCOL, tampoco la Sala accederá a ello, por las siguientes razones :

a) El llamado error aritmético o error de cálculo, consiste en que al efectuar alguna de las operaciones aritméticas (suma, resta, multiplicación división), su

resultante aparezca desfasada con lo que tales operaciones elementales tienen por averiguado. Habrá pues, de tenerse mucho cuidado de nó amparar un error conceptual o de criterio, bajo el ropaje de un supuesto error aritmético.

b) Para los casos en que realmente exista error aritmético, el memorialista deberá demostrar cómo alguna de las operaciones de este género, aunque bien concebidas y fundadas, arrojan resultados inexactos o equivocados.

c) De la simple del memorial con el cual el señor apoderado de CARBOCOL hace el esfuerzo para poner de presente el error aritmético cuya corrección demanda, está reflejando, sin lugar a dudas, el replanteamiento de un debate ya superado, desde luego que tanto el Tribunal de Arbitramento en el Laudo como esta corporación en su sentencia, debatieron ampliamente los diversos conceptos y razones que por lo que se denominó daño emergente debió responder CARBOCOL ante el Consorcio y, tomando en su apoyo la cuantificación hecha por los peritos, la que dicho sea de paso, no fué objetada por la partes, llegaron a las diversas sumas indicadas en aquellas providencias.

d) Se queja el memoralista en cuanto que no se descontó toda la indexación que el Laudo Arbitral incluyó como parte de la condena, mientras que esta Sala dispuso suprimir la totalidad de las diversas cantidades que dicho título contenía el Laudo. Estima la Sala, sin embargo, que tal pretendida corrección aritmética, antes que serlo, busca más bien modificación del criterio jurídico expresado en el fallo, situación ésta a todas luces incompatible con la filosofía que orienta la figura de la corrección aritmética, que no es otra distinta a la de enmendar las equivocaciones matemáticas formales, mas no sustanciales, que se presenten en las providencias del Juez. Proceder en esta oportunidad a cuestionar la existencia o nó de cantidades indexadas, a controvertir los períodos en que se cumplieron, a desvirtuar los planteamientos estructurales de la providencia cuya " aclaración y corrección " se impetran , implicaría tergiversar las normas procedimentales que claramente regulan estas figuras en los términos de los artículos 309 y 310 del C. de P.C. , disposiciones que no autorizan en ningún momento, *la reforma o revocatoria de la sentencia por el Juez que la dictó.* Cuando se pretenda corrección aritmética le compete al memorialista evidenciar diáfanamente cuál de las operaciones de esa naturaleza presenta error y en qué consiste éste; diseño de otra manera, que la providencia realizó suma, resta, multiplicación o división de manera contraria a tales operaciones.

Por las anteriores razones la Sala no accede a la corrección aritmética planteada en la primera parte del escrito presentado por el apoderado de Carbocol.

e) Motivo de corrección aritmética, según el apoderado judicial de Carbocol, lo constituye el que habiéndose incluído por los peritos en el valor del Arrendamiento Financiero al indexación o corrección monetaria proveniente del cambio experimentado en la cotización del dólar estadounidense, el Consejo de Estado al calcular el costo histórico no dedujo la cantidad señalada por los peritos como

correspondiente a la diferencia en el cambio, razón por la cual deben deducirse $1.151.281.438.

Si bien, sobre este aspecto caben las mismas observaciones que se acaban de consignar por cuanto no se trata realmente de la corrección del error aritmético a que alude el C. de P.C. , sino que comparta además, una modificación del criterio orientador de la sentencia, la Sala, sin embargo, estima pertinente, precisar lo siguiente:

1. La indexación como " sistema que consiste en la adecuación automática de las magnitudes monetarias a las variaciones del nivel de precios, con el fin de mantener constante el valor de éstos, para lo cual se utilizan diversos parámetros de referencia...". (Depreciación Monetaria. Gurfinkel De Wendy Depalma pág. 145). Se trata, pués, de un sistema de actualización necesario dentro de una economía como la colombiana determinado por un constante proceso inflacionario.

2. La indexación , así entendida, difiere del fenómeno de la devaluación monetaria, en cuanto ésta obedece a medidas legales de las autoridades monetarias que envuelve una pérdida del valor del peso frente a la moneda extranjera, en este caso el dólar norteamericano. Mientras la una genera la inflación, la otra, la devaluación, se traduce en una modificación de la tasa de cambio, con relación a cierto patrón monetario internacional.

Como fenómenos económicos, su tratamiento jurídico en el *sub-judice* fue también diferente. En efecto, si bien, los valores en moneda extranjera reconocidos a que alude el apoderado de Carbocol no fueron objeto de indexación, por los peritos, sí sufrieron los efectos de la devaluación del peso Colombiano frente al dólar estadounidense, porque por mandato legal, " Las obligaciones en moneda extranjera derivadas de operaciones de cambio exterior, deberán cumplirse en la divisa estipulada, *o en su equivalente en moneda colombiana a la tasa de cambio vigente el día del pago* ", en los términos del artículo 248 del Decreto 444 de 1967, estatuto vigente para la época en que se presentó la experticia (Agosto de 1987).

No se trató pués de " indexar " por la devaluación del peso colombiano, sino de liquidar una obligación en dólares de acuerdo con su valor actual, sin que allí juegue el concepto inflacionario, el cual, sí, como ya se vió, origina la indexación. La sentencia, efectivamente descontó lo que de manera estricta constituía indexación, tal como se señaló en la parte motiva y y se aplicó en la resolutiva. Ocuparse ahora de descontar cualquier otra suma, implicaría revocación, así fuera parcial, del fallo, lo cual no patrocina la ley procedimental.

Por estas razones no hay lugar a la corrección solicitada en el ordinal B) del escrito presentado por el representante judicial de Carbocol.

3. Con respecto a la corrección aritmética relacionada con la indemnización del lucro cesante causado durante el tercer año minero, fijado en el fallo en

$234.375.000 y que según Carbocol, de acuerdo con las aclaraciones de los peritos financieros era de $212.618.750, encuentra la Sala, lo siguiente :

En efecto, le asiste razón al memoralista, dado que en el fallo se estableció la suma de $ 234.375.000, no obstante, que en el cuaderno de " Ampliación , Complementación, Aclaración y Adiciones al dictamen parcial", al folio 61 se fijó como utilidad calculada, por dicho concepto, la suma de $121.618.750, suma ésta que será la que deberá pagarse por lucro cesante, corrigiéndose así el error numérico advertido.

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

RESUELVE :

1° Niégase la aclaración del fallo del 15 de Mayo del año en curso.

2° Corrígese la cantidad de dinero en el ordinal "d" del punto TERCERO del fallo de 15 de Mayo de 1992 en el sentido de que la condena allí impuesta es por la suma de Doscientos doce millones seiscientos diez y ocho mil setecientos cincuenta pesos ($ 212.618.750.) y no por Doscientos treinta y cuatro millones trescientos setenta y cinco mil pesos ($ 234.375.000) como equivocadamente se había dicho.

3° Niéganse las demás correcciones solicitadas.

COPIESE Y NOTIFIQUESE.

Daniel Suárez Hernández, Presidente de Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Jairo Parra Quijano,* Conjuez.; *Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO POR OMISION-Inexistencia/ **FALLA DEL SERVICIO DE TRANSITO**-Señalización/ **FALLA DEL SERVICIO DE TRANSITO**-Inexistencia/ **CARGA DE LA PRUEBA**

La muerte se produjo a causa del accidente de tránsito, más no existe prueba dentro del proceso, de las circunstancias concretas que rodearon su fallecimiento y mucho menos que estas constituyan una falla de servicio por parte de la administración. Se alega la omisión consistente en la falta de señalización adecuada ante el peligro que representaba la obstrucción de la vía, pero no obran dentro del proceso los reglamentos del Departamento Administrativo de Tránsito y Transportes en las cuales se indique las características de este tipo de señalización.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., junio diez y ocho de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero ponente : *Doctor Daniel Suárez Hernández.*

Referencia : Expediente Nº 6279. Actor: Marco Aurelio Clavijo Guerrero.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle, Sección Primera, el 19 de Diciembre de 1989, la cual dispuso :

" NIEGANSE LAS PETICIONES DE LA DEMANDA "

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

El señor MARCO AURELIO CLAVIJO GUERRERO obrando por medio de apoderado judicial debidamente constituido y en ejercicio de la acción de reparación

directo, instauró demanda ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el 14 de junio de 1985, para que se hagan las siguientes declaraciones y condenas :

" *Primera* .- La Nación colombiana es administrativamente responsable de los perjuicios morales y materiales ocasionados al señor don MARCOS AURELIO CLAVIJO GUERRERO, en su condición de padre legítimo, con motivo de la muerte en accidente de tránsito del joven MARCO MAURICIO CLAVIJO VALBUENA , acaecida en Cali el día 5 de diciembre de 1982.

" *Segunda.*- Condenáse a la Nación colombiana a pagar la demanda al demandante o a quien sus derechos presente la suma equivalente en moneda nacional a (1000) gramos oro, por concepto de daño moral subjetivo.

" *Tercera.*- Condénase a la Nación colombiana a pagar al señor MARCO AURELIO CLAVIJO GUERRERO o a quien sus derechos represente, la suma de DIEZ MILLONES ($10.000.000) moneda corriente, o lo que resulte probado en el proceso .- como perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) causados en razón del accidente y deceso del joven CLAVIJO VALBUENA.

" Si estos perjuicios materiales no se pudiesen justipreciar, condénase, en subsidio, al equivalente en moneda nacional a cuatro mil (4.000) gramos oro, previa certificación que de su precio en el mercado se solicitará al Banco de la República.

" *PARAGRAFO* : En cualesquiera de los casos a la suma determinada se le aplicará la CORRECCION MONETARIA.

" Las sumas a pagar que la sentencia determine ganaran un interes mensual del 3% moneda legal, desde que se causaron o se causen, hasta que efectivamente se verifíque el pago. (folios 13 y 14).

2. Fundamentos de Hecho.

Aparecen relacionados a folios 14 a 17 del expediente y los sintetiza el Tribunal en lo siguiente :

" 1.- El señor MARCO AURELIO CLAVIJO utilizaba para su transporte la motocicleta de placas N° A.D. marca Suzuki modelo 1979.

" 2.- La antigua calle 34 hoy 33A. , es vía arteria, es una vía prelacionada después de la férrea y la autopista (art. 110 del código de polícia nal.) que es obligatorio su uso para salir hacia el Sur o entrar a éste hacia el Terminal de Buses.

"3.- No existía señal de peligro que prohibiera o restringiera el paso y " menos se colocó una tea junto a la guadua atravesada que indicara el taponamiento de la vía arteria.

"4.- Considera que la muerte sufrida por el señor Clavijo fué originada " al taponar la VIA ARTERIA con una GUADUA ATRAVESADA, en vez de la señal de PREVENCION O DESVIO O PROHIBIDO EL PASO a que se contrae el artículo 112 del Código de Polícia Nacional y por la omisión al ni siquiera colocar una TEA o MECHERO ARDIENTE junto al PELIGRO que engendraba tal guadua, ha causado y seguirá causando incalculables perjuicios materiales y morales a mi poderdante y su familia.

" Ante la imposibilidad de determinar hechos futuros contingentes como es la vida humana, probable, se puede acudir a las " Tablas " elaboradas al efecto, por aportar la prueba de mayor convicción para estos eventos, tablas que son tomadas del " Manual del Agente " de la compañia Colombiana de Seguros de Vida, aceptada unánimente en nuestro medio.

" 16.- La " Tabla " aludida, basada en la de Egidio Guruffa, fué tomada propiamente de las " tablas de Supervivencia " calculadas por la Dirección General de Estadística Italiana que se encuentra en el Memorial Técnico del Ingeniero, descontándose un diez por ciento (10%) a la cantidad que figura como vida probable en cada edad, por cuanto la supervivencia en Colombia es un poco menor que en Italia según esas " tablas" y la Estadística. "

3. El trámite de la primera instancia :

Notificado el auto admisorio de la demanda, la apoderada judicial de la Nación - Policía Nacional- , solicita en escrito visible a folios 9 a 11 que las súplicas de la demanda sean despachadas desfavorablemente y a su vez propone la práctica de ciertas pruebas tendientes a demostrar que la muerte del señor CLAVIJO VALBUENA ocurrió por culpa exclusiva de él " y nunca como resultado de una falla del servicio especial de policía ", puesto que, al momento del suceso la víctima se encontraba en estado de embriaguéz que le impidió darse cuenta de la valla puesta y de la orden de desvío que según lo manifiesta, " cumplía con todos los requisitos" y que " podía ser distinguida desde larga distancia, por cualquier persona sobria y en sano juicio".

Respecto a los perjucios materiales solicitados por el demandante estima que para que éstos sean reconocidos deben ser probados durante el periodo probatorio y nó como lo solicita el demandante le sean fijados según la ley penal.

Agotada la etapa de instrucción, se dió traslado del proceso a las partes para que alegaran de conclusión.

La parte actora guardó silencio, mientras que la demandada en escrito que obra a folios 146 y 147, solicita denegar las súplicas de la demanda.

Por su parte la Fiscalía del Tribunal emitió concepto de fondo que figura a folios 150 a 156 del expediente, en donde considera que hay causal exculpativa de reponsabilidad que favorece a la administración, por lo tanto, concluye no deben prosperar las pretensiones de la parte demandante.

4. La sentencia recurrida.

Surtidos los trámites legales de la primera instancia, el Tribunal Administrativo del Valle, Sección Primera, en providencia visible a folios 157 a 160 resuelve negar las peticiones de la demanda. Para arribar a tal decisión, el *a quo* considera que no está demostrado plenamente la falla del servicio predicada en la demanda y consecuentemente, tampoco se encuentra estructurada la responsabilidad del Estado. Los principales elementos de juicio que destaca son :

> " Es un hecho cierto la muerte del señor MARCO AURELIO CLAVIJO, no así que hubiera ocurrido por la acción u omisión del Estado. Se habla en la demanda que la causa del accidente por "taponar la via arteria" afirmación que comporta fué una interrupción o corte brusco en el recorrido de la vía. Este hecho no se prueba en forma fehaciente; como tampoco se acreditó la forma técnica como el accidente se presentó, es decir, las medidas, la visibilidad existente, si existía o no alicoramiento de la víctima, velocidad del vehículo, la ubicación de la comisaria y la ubicación de la valla o barrera. . . "

En segundo término hace un análisis de las pruebas allegadas al proceso, para concluir que no está demostrada dentro del proceso la falla de la administración que le permita declarar la responsabilidad del Estado, lo que significa a la postre que las súplicas de la demanda deben denegarse.

5. Alegaciones de segunda instancia.

Inconforme la parte con la decisión anterior, apeló solicitando revocar el fallo del Tribunal, para proceder a despachar favorablemente las súplicas de libelo inicial.

En escrito que obra a folio 162 del expediente fundamenta su inconformidad sosteniendo que la falla del servicio se encuentra plenamente probada con los testimonios recepcionados y " el informe recibido por el ameritado Cuerpo de Bomberos " quienes, " ante el peligro que engendraba el taponamiento de la vía, hecho por la Policía Nacional, sin previa colocación de una señal de peligro, ellos en principio para evitarlo, colocaron UN MECHERO encendido en horas de la noche, pero al momento del accidente NO EXISTIA esa señal, por haber desaparecido con antelación y siendo obligación del obstructor de la vía EVITAR ACCIDENTES ; colocando ELLOS y no OTROS la señal de PELIGRO, es lógico entonces que el Estado deba responder por tamañas imprudencias.

Durante el traslado para alegar en segunda instancia la parte demandada en escrito que obra a folios 181 a 184 insisten en los puntos de vista expuestos en la

primera instancia y solicita confirmar el fallo en cuestión que la parte actora guardó silencio.

La señora Fiscal Segunda del Consejo de Estado coincide con lo expuesto por el *a quo* en el fallo apelado. Es su parecer, que existe dentro del proceso una deficiencia probatoria que impide un total esclarecimiento de las circunstancias que constituyeron la falla del servicio, por lo que debe procederse a confirmarlo.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La sentencia materia de impugnación habrá de ser confirmada, por las razones que se exponen a continuación:

1° Siendo el Estado Social de Derecho una organización que tiene por objeto la convivencia pacífica de sus asociados, para lo cual, actúa de manera dinámica en busca de tal fin, es característica propia de su naturaleza que sus actuaciones estén revestidas por un límite que al rebasarlo lo hace responsable, ya sea por deficiencia o extralimitación de sus funciones u omisión en ellas.

2° Par tal efecto, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es un control al poder actuante de aquél, que permite al que sufre directa o indirectamente en perjuicio por medio de sus miembros o de un servicio público en sí, ejercer la acción tendiente a restablecer el derecho vulnerado, para lo cual, es definitivo por parte de quien la intenta, demostrar con claridad y precisión, la falta de la administración que le causó el perjuicio a través de los mecanismos que la técnica probatoria ofrece.

3° Es consecuencia lógica que la oscuridad o la duda en la mente del juzgador sobre la existencia de los hechos y específicamente de la falta de la administración, nazca de la deficiente certeza que arrojan las pruebas incompletas que obran dentro del proceso o la carencia total de las mismas que al no tener la eficacia suficiente para la demostración de esos hechos, conducen al fallador a exonerar a la administración por ausencia de responsabilidad (C.P.C. Artículo 174).

4° Hechas las anteriores anotaciones la Sala se ocupa del caso concreto, previo un ponderado análisis probatorio. Se encuentra debidamente probado, como bien lo expone en su concepto la señora Fiscal, que la muerte del señor CLAVIJO VALBUENA se produjo a causa del accidente de tránsito acaecido el 5 de diciembre de 1982, a las 3: a.m; más nó existe prueba dentro del proceso, de las circunstancias concretas que rodearon su fallecimiento y mucho menos que estas constituyan una falla del servicio por parte de la administración.

No se desprende de las declaraciones recepcionadas, atisbos de lo que la parte actora alega como falla en el servicio, por lo que bajo ningún punto de vista, se permitirá tener por estructurada la responsabilidad de la administración. El apoderado de la parte actora alega que existió una omisión de la Policía Nacional en la prestación de sus servicios y que ello le acarreó la muerte al señor CLAVIJO

VALBUENA consistente en la falta de señalización adecuada ante el **peligro** que representaba la obstrucción de la vía, pero no obran dentro del proceso los reglamentos del Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte en las cuales se indique las características de este tipo de señalización.

Ni mucho menos pruebas documentales de las indicadas en el artículo 251 del C. de P.C. , como lo serían : fotografías, croquis o planos del accidente, elaborados por la entidad de tránsito correspondiente; pruebas estas idóneas, que evidenciarán la carente o deficiente señalización de la vía, visibilidad y viscocidad de los avisos de peligro, distancia de estos respecto de la valla o " guadua " que servía de obstaculo y en general las circunstancias espacio-temporales que rodearon el siniestro y que previa comparación con las exigencias del Departamento de Tránsito y Transporte, acreditarían la omisión de la administración.

De lo anterior se desprende que la falla del servicio no está probada y por ende no puede endilgársele reponsabilidad al Estado.

5° En cuanto a la " culpa exclusiva de la victima " como causal exonerativa de responsabilidad que favorecería la administración, al no estar demostrada la falla o falta del servicio de la cual parte la responsabilidad administrativa, aparentemente resulta infructuoso entrar a analizarla. Pero si algo se vislumbra del acervo probatorio, es la existencia de elementos configurativos de la misma, a saber

A. De los testimonios de MAYBER LLANOS y CONSUELO DE LLANOS obrantes a folios 80 a 85 del expediente y de la Necropsia Médico-Legal en la cual se informa del " olor a licor en el estómago del occiso ", se deduce el estado de embriaguéz en que conducía su automotor.

B. En segundo lugar, durante la diligencia de reconocmiento y levantamiento del cadáver, se dejó constancia que la motocicleta que conducía la víctima se encontraba a doce metros de distancia del mismo, lo que permite inferir que había exceso de velocidad, teniendo en cuenta el impacto tan brusco y el lugar donde quedó ubicado el vehículo.

Las anteriores consideraciones llevan a la Sala a concluir que el señor MARCO AURELIO CLAVIJO VALBUENA, no falleció a causa de la falta del servicio, sino por circunstancias imputables exclusivamente a él , como claramente lo relieva la señora Fiscal Segunda de esta Corporación.

En mérito de lo expuesto, 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 aurtoridad de la ley,

F A L L A :

CONFIRMASE la sentencia apelada, esto es, la del 19 de diciembre de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle, Sección Primera.

COPIESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha diez y ocho de junio de mil novecientos noventa y dos 1992.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

PERJUICIOS MORALES EN CONTRATOS-Improcedencia

En el campo de la contratación administrativa, y en el que se vincula con la pérdida de las cosas, la Corporación se ha mostrado muy cuidadosa en hacer género de reconocimiento (perjuicios morales, habida consideración de que la reparición del daño moral solo tiene aplicación fácilmente allí donde se lesiona uno de los derechos denominados extrapatrimoniales o primordiales (derecho a la vida, al honor, etc.) , o cuando se atenta contra un derecho familiar. Con esto no se quiere significar que, en casos realmente excepcionales, la Sala no haya condenado al pago de perjuicios morales en la definición de conflictos de intereses, con universo contractual, pero el caso que ahora se examina no tiene el temperamento necesario que la explique y justifique.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contecioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C. , junio dieciocho (18) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente : *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia : Expediente N° 1.875. Actor : Salim José Suz Kury. Demandado : Empresas Públicas de Medellín.

El apoderado de la parte actora, en escrito visible a folio 243 y siguientes del Cuaderno N° 1, solicita que se proceda a dicionar y aclarar el fallo proferido el día dos (2) de Abril del presente año, para lo cual discurre dentro del siguiente temperamento :

" Como lo establece nuestro estatuto procesal, toda sentencia tiene que ser motivada, de tal forma que se analicen todas las peticiones y los fundamentos de las mismas.

" No obstante haberse solicitado en forma expresa en la demanda, la condena por perjuicios morales, que por cierto, ha sido reconocida por ese H. Consejo y por esa misma Sección III, cuando se trata de perjuicios morales subjetivos causados a las personas naturales que sean contratistas de la Administración, en forma extraña, en el presente caso, no se consideró el tema y la petición, ni se hizo ninguna alusión en la parte motiva a estos perjuicios morales, en especial a los subjetivos.

" De conformidad con las normas del debido proceso y las disposiciones procesales, se ha debido considerar, decidir y decretar la indemnización por tales perjuicios, morales, en especial, subjetivos, con la correspondiente alusión a los mismos y a tal petición, en la parte motiva. En tal forma, y para tal efecto, se deberá adicionar y, aún aclarar, el fallo mencionado.

" Y también se deberá adicionar y, aún cuando aclarar, la misma sentencia, y su parte motiva, refiriéndose, examinando y considerando en forma concreta y específica, como lo mandan las normas legales, para efectos de la condena correspondiente, los puntos contenidos en el dictamen pericial inicial, numerales u ordinales 9 y 10, que hacen parte y se refieren a la petición de perjuicios y de condenas y que, en forma extraña, tampoco fueron examinados, considerados y tenidos en cuenta, en forma concreta y específica, en el fallo y sobre los cuales no hubo decisión concreta y específica en el mismo."(folios 243 a 244 del Cdno N° 1).

Para resolver,

SE CONSIDERA :

Es verdad que en la demanda el actor solicitó el pago de perjuicios morales, como también es cierto que en los considerandos de la sentencia de dos de abril de mil novecientos noventa y dos, no se hizo consideración alguna sobre el particular, lo que explica que el referido proveído debe ser adicionado. Sobre el particular la Sala considera que en el caso *sub-examine* no hay lugar a condena alguna por tal concepto, pues no se vivencia la REALIDAD Y CERTEZA de daño. En el campo de la contratación administrativa, y en el que se vincula con la pérdida de las COSAS, la Corporación se ha mostrado muy cuidadosa en hacer ese género de reconocimiento, habida consideración de que la reparación del DAÑO MORAL solo tiene aplicación facilmente allí donde se lesiona uno de los derechos denominados extrapatrimoniales o primordiales (derecho a la vida, al honor, etc, etc,), o cuando se atenta contra un derecho familiar. Con esto no se quiere significar que, en casos realmente excepcionales, la Sala no haya condenado al pago de perjuicios morales en la definición de conflictos de intereses , con universo contractual, pero el caso que ahora se examina no tiene el temperamento necesario que la explique y justifique . En la materia que se estudia no se puede olvidar, como lo recuerda bien el profesor JEAN CARBONNIER , que : " Pese a las vacilaciones del siglo pasado, el concepto de daño moral ha hecho su entrada en la práctica judicial. Lo que sucede es que, cuando se alega un daño moral, *los Tribunales-tanto*

al objeto de admitir o rehusar su existencia, como de valorar su cuantía-gozan de un poder de apreciación mucho más amplio que si se trata de un daño material.". (Derecho Civil.Tomo II, Vólumen III. Situaciones extracontractuales y Dinámicas de las Obligaciones. Bosh pag.66). (Subrayas de la Sala).

Las razones que se dejan expuestas explican la causa por la cual la pretensión no tiene vocación de prosperidad.

Por lo que hace relación con los numerales u ordinales 9 y 10 del dictamen pericial, nada que adicionar ni aclarar, pues el trabajo de los auxiliares de la justicia, se valoró en todo su universo, y como apoyo en él se hicieron las condenas que se recogen en la sentencia. Toda esta problemática quedó resuelta en el literal f) del fallo al disponer : " DENIEGANSE LAS DEMAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA ".

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,

F A L L A :

Adiciónase el fallo calendado el día dos (2) de Abril de mil novecientos noventa y dos (1992), proferido dentro del proceso del rubro, en el sentido de definir que no hay lugar al pago de perjuicios morales por las razones dadas en los considerandos de este proveído :

Deniégase la adición que se vincula a los puntos contenidos en el dictamen pericial inicial, numerales 9 y 10, por lo ya expuesto.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Daniel Suárez Hernández, Presidente de Sala; *Carlos Upegui Zapata,* Conjuez, *Juan de Dios Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

CLAUSULA DE CADUCIDAD/ PERPETUATIO JURISDICTIONIS- Improcedencia/ **JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA/ COMPETENCIA**

En Colombia desde la expedición de la ley 52 de 1909, se autorizó a la administración para hacer la declaratoria de caducidad del contrato en todos los casos en que se evidenciara el incumplimiento del mismo por parte del contratista. Aún aceptando, en gracia de discusión, que el contrato fuera privado a la luz de la legislación vigente en 1976, del diferendo surgido entre las partes debe conocer ahora la jurisdicción contencioso administrativa, pues no es posible alegar la perpetutio jurisdiccionis ya que, como lo enseña la doctrina, " si la nueva Ley-Decreto 222 de 1983- cambia la competencia o la rama jurisdiccional debe conocer del proceso, tiene aplicación a los procesos en curso. "

OFERTA DE CONTRATO/ PROPUESTA

La propuesta hecha por el consorcio demandante es una auténtica oferta de contrato que, aceptada sin salvedades, vincula a quienes en él han intervenido. Ese acto jurídico de formación unilateral, tiene trascendental importancia dentro del proceso de contratación, pues fija definitivamente la posición del proponente y también la de la administración, cuando ésta la ha aceptado. Vincularse a través de la declaración de voluntad significa que no se pueda romper o destruir lo que se ha convenido. Se impone, en casos como el presente, que las partes justifiquen la confianza que en la práctica se ha producido. Esta es una exigencia no solo moral, sino también un principio del derecho justo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C. , junio dieciocho (18) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente : *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia : Expediente N° 6439. Actor : Estructuras Ceno de Antioquia S.A. Demandado : Interconexión electrica S.A. -ISA-

- 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 del centro de imputación jurídica demandado, contra la sentencia calendada el día treinta y uno (31) de agosto de mil novecientos noventa (1990), proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que en su parte resolutiva, *DISPUSO :*

" 1° Declárase que la Interconexión Eléctrica S.A., incumplió parcialmente el contrato celebrado con las demandantes del que da cuenta el PEDIDO ISA-936 de agosto 28 de 1979 y la adición de 28 de julio de 1980, toda vez que no pagó como era su obligación el impuesto sobre las ventas liquidado al 6% sobre el total del precio del contrato.

" 2° En consecuencia condénase a Interconexión Eléctrica S.A. a reembolsar a ESTRUCTURAS CENO S.A. la suma de CUATRO MILLONES QUINIENTOS VEINTISEIS MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL (sic) PESOS M.L. ($4.526.987.oo); a CONSTRUCCIONES TISSOT Y CIA. la cantidad de UN MILLON OCHOCIENTOS CATORCE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS M.L. ($1.814.454.oo) a ACERO ESTRUCTURAL S.A. la suma de TRES MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS SESENTAY SEIS PESOS M.L. ($3.959.866.oo); a SADE SUDAMERICANA DE ELECTRIFICACION S.A. la suma de TRES MILLONES CIENTO TREINTA Y TRES MIL TRESCIENTOS PESOS M.L. ($ 3.133.300.oo) y a H.B. ESTRUCTURAS METALICAS la cantidad de TRES MILLONES CIENTO NOVENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS M.L. ($ 3.196.498.oo).

" 3° Dése cumplimiento al artículo 177 del C.C.A. ". (fls. 347-348 Cdno. N° 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 :

" Las Sociedades Comerciales ESTRUCTURA CENO DE ANTIOQUIA S.A., domiciliada en Medellín, H.B. ESTRUCTURAS METALICAS S.A., con Sede en Bogotá; CONSTRUCCIONES TISSOT Y CIA S.A., con domicilio en YUMBO; ACERO INDUSTRIAL S.A. con domicilio en Bogotá, y,

SADE SUDAMERICANA DE ELECTRIFICACION S.A. (SADE S.A.) con asiento también en Bogotá, a través de sus representantes legales judicialmente asistidos demandan en acción contractual de dos instancias, a la sociedad Industrial y Comercial del Estado INTERCONEXION ELECTRICA S.A., I S A, representada por su gerente a fín de que por el Tribunal se declare :

" 1° Que Interconexión Eléctrica S.A. está obligada a pagar a las Sociedades demandantes, en la proporción que a cada una de ellas les corresponda en el consorcio que integraron para firmar con la demanda el contrato de pedido ISA-936, la suma de $6.901.446.49, valor del impuesto sobre las ventas liquidado a la tarifa del 6% sobre el monto total del contrato.

" 2° En subsidio, que se condene a la entidad demandada a pagar a los demandantes, en la proporción indicada, el monto del impuesto sobre las ventas legalmente aplicable sobre el valor de dicho contrato.

" 3° En todo caso, que se condene a la entidad demandada a pagar a las sociedades demandantes, en la proporción que corresponda intereses moratorios convencionales a la tasa del 16% anual desde el momento en que se constituyó en mora.

" 4° Que se ordene el reajuste del valor a que ascendiere la condena tomando como base el índice de precios al consumidor o al por mayor que considere aplicable el H. Tribunal " .

" El fundamento fáctico de la pretensión se recoge en 20 hechos que para fidelidad de lo ocurrido reproducimos íntegramente :

" H E C H O S "

" 1. El 12 de septiembre de 1978 la Gerencia de Interconexión Eléctrica S.A. expidió la Resolución # 137, mediante la cual se abrió la Licitación PE-002 sobre suministro de materiales para la línea Chivor II-Torca. En dicha Licitación se previó que los proponentes podían presentar ofertas por grupo así :

" *Grupo A:* Conductores y cables
" *Grupo B:* Cadenas y aisladores y accesorios para cadenas conductores y cables.

" 2. Las compañías poderdantes participaron en el concurso, mediante la presentación de la propuesta CT-503-78 fechada el 20 de diciembre de 1978 " para el diseño, fabricación, suministro, pruebas, transporte y entrega CIF de las torres con sus accesorios para la línea Chivor II-Torca, 320 Kv ".

" 3. El grupo C de la licitación PE-002 fue adjudicado en consorcio a las sociedades demandantes, mediante la resolución N° 073 de 18 de abril de

1979, expedida por el gerente de Interconexión Eléctrica S.A. " en uso de sus facultades legales y estatutarias y debidamente autorizado por la Junta Directiva " .

" 4. La adjudicación fué solemnizada mediante el documento de pedido ISA 936, firmado el 8 de agosto de 1979 por el gerente de ISA y los representantes legales de las compañías integrantes del consorcio. Dicho documento fue adicionado por otro sí de 1981, firmado por el gerente de ISA y por el doctor CARLOS ARANGO , gerente de Estructuras Ceno de Antioquia S.A. compañía que actuó como representante del consorcio.

" 5. El contrato se celebró y perfeccionó con el lleno de los requisitos legales pertinentes. El consorcio cumplió oportuna e íntegramente las obligaciones a su cargo de conformidad con las cláusulas contractuales.

" 6. El 31 de octubre de 1981 la firma líder del consorcio formuló a ISA, a la atención del ingeniero Gilmer Uribe Vargas, la factura # S-OC-133-81 por US $122.036.93, cífra que de acuerdo con el detalle de la factura venía a corresponder al valor del impuesto sobre las ventas que a la tarifa del 6% resultaba aplicable al monto del valor final en dólares por fabricación y suministro de torres en acero galvanizado, correspondientes a la licitación PE-002 y la cotización CT-503-78 hecha por el consorcio al pedido ISA-936. En la factura se discriminó la suma correspondiente a cada una de las firmas del consorcio de conformidad con su participación en el mismo.

" 7. El 11 de diciembre de 1981 el Jefe del Departamento de construcción de líneas de ISA, Gilmer Uribe Vargas, libró el oficio N° 15223 dirigido al Ingeniero Luís Fernando del Valle (Consorcio Ceno), anunciándole devolución de la factura referida ' ya que el impuesto a la ventas no se causa por pagos hechos en el exterior en moneda extranjera ". En diciembre 23 de 1981 Estructuras Ceno devolvió la factura a ISA dando razones para ello y adjuntando informe del doctor Hernando Sierra Mejía donde concluye que el impuesto sí debe ser cobrado a ISA. Posteriormente, el mismo funcionario expidió el oficio N° 7971 del 16 de junio de 1982, aceptando pagar el impuesto sobre el valor total del bien y argumentando que el impuesto a las ventas solamente se podría reconocer en moneda nacional y que " para ISA reconocer el impuesto, a quien por ley debe recaudarlo, debe acreditársele suficientemente que dicho gravamen fue pagado o liquidado, en la suma reclamada, a la Administración de Impuestos Nacionales ".

" 8. Con base en esa última comunicación, el gerente de Estructuras Ceno de Antioquia S.A., firma líder del consorcio como ha quedado dicho, se dirigió el 10 de agosto de 1982 al ingeniero Uribe Vargas, en comunicación CD-1166-82, enviándole las certificaciones de las revisorías fiscales de cada una de las 5 empresas, sobre liquidación y pago del impuesto a las ventas, de acuerdo con su participación en el trabajo, y devolviendo la factura para que

se sirvieran " ordenar su pago, convirtiendo los dólares a moneda nacional según la tasa vigente en la fecha en que se ejecute el pago ".

" 9. El 29 de marzo de 1983, por oficio N° 4046, el ingeniero Uribe Vargas esgrimió argumentos de otra índole para negar el pago de la factura, alegando que ISA había importado la materia prima para la construcción de las torres objeto del contrato y cancelado su valor y el de los servicios-pruebas de torres-directamente al exterior, a cuenta del contrato, por lo cual el impuesto a las ventas por facturar sólo podría corresponder al valor agregado nacional, lo que según su modo de ver ya había sido cancelado por ISA.

"10. El doctor Carlos Arango, a nombre del consorcio, dió respuesta punto por punto a esta comunicación, mediante carta CD-0453-83 de abril 11 de 1983, en la que insistió en solicitar el pago de la factura.

"11. Para procurar claridad sobre el asunto, el Auditor interno de ISA, J. Eliécer Maya Salazar, se dirigió a la Dirección General de Impuestos Nacionales para consultar acerca del tratamiento en materia de impuesto sobre las ventas respecto de un contrato abstracto que, en la forma como se describieron sus términos de operación, no correspondía exactamente al que celebraron y ejecutaron las compañias demandantes con ISA. La Delegada del Subdirector Jurídico de la Dirección General de Impuestos Nacionales satisfizo la consulta mediante el oficio N° 17582 del 29 de agosto de 1983, en el que en síntesis se dijo :

" a) Que las torres y fundaciones que el contratista se obligó a construír, " son bienes que tienen el carácter de inmuebles por quedar adheridos al suelo, circunstancia que origina la liquidación del impuesto por el valor comercial de los bienes corporales muebles producidos o importados por el contratista o recibidos por su vinculación económica;

" b) Que ISA debía de formular su consulta una vez estudiado el contrato a la luz de documentos remitidos en la misma comunicación.

" c) Que observaba, sin embargo, que el valor pagado en dólares en el exterior por concepto de servicios técnicos no está gravado con impuesto sobre las ventas, como tampoco los materiales importados por ISA " por cuanto son bienes sobre los cuales ya se pagó el impuesto en el momento de la nacionalización o están nacionalizados con el beneficio de la exención y de otra parte son bienes que no han sido producidos o importados por el contratista y tampoco hay vinculación económica entre ISA y el contratista"

" 12. Este pronunciamiento de la Dirección General de Impuestos carece, obviamente, de valor jurídico respecto del caso concreto entre las partes, no sólo porque no se trata de una autoridad juridiccional, ni de la solución de una controversia de esa índole, sino porque la presentación del caso se hizo incorrectamente, como paso a demostrarlo seguidamente.

" 13. Una lectura atenta de los documentos contractuales (licitación, oferta del consorcio, pedido ISA enseña que el objeto del contrato consistió, en último término, en entregarle a ISA las torres con sus accesorios para la línea Chivor II-Torca. Obviamente la ejecución del contrato comprendía varias etapas : diseño, importación de materia prima, compra de materia prima nacional, fabricación de las torres, prueba de dichos elementos, y transporte hasta sus bodegas en la subestación Torca. Pero la obligación del consorcio era de resultado y solamente podría entenderse cumplida mediante la entrega de las torres de acuerdo con las especificaciones contractuales y acompañadas de los accesorios pertinentes. Las etapas previas no configuraban objetos autónomos dentro del contrato sino pasos a seguir para la ejecución del resultado previsto. Por otra parte, al cumplirse el contrato con la entrega CIF de las torres (porque así se lo adjudicó), la instalación no quedaba comprendida dentro de su objeto, por lo que mal podía considerarse que el contrato versaba sobre bienes inmuebles por adherencia y darle aplicación al artículo11D. 2368 de 1974, como equivocadamente lo interpretó la Dirección de Impuestos en el concepto referido y que viene glosando.

" Por los términos en que se lo concibió, el contrato cabe dentro de la categoría de los de obra pública que preveía el artículo 68, 2° D.150 de 1976, " para construcción " , con la modalidad del artículo del 69- A id, es decir, " por un precio global o a precio alzado ".

" Así las cosas, se estipuló un valor del pedido en la cláusula 5°, estimado inicialmente en $70.022.891 .más US-$1.540.802.00, sujeto a ajustes posteriores, de suerte que el valor final sería, " la suma total de todos los pagos efectuados por ISA más el valor de las retenciones correspondientes en la fecha de expedición del certificado de aceptación final del suministro ".

" Si bien en la cláusula 7ª del pedido se discriminó la *forma de pago* según se trata de pagos en pesos colombianos o de pagos de dólares a verificar en el exterior, ello no significa que el objeto del contrato fuera divisible. Esa forma de pago se previó así, por una parte, porque es usual que en contratos de obra pública el contratista reciba anticipos para ir desarrollando el trabajo sin que sobre él recaiga todo el peso financiero de la obra, y por otra parte, porque cuando las importaciones para obras públicas se hacen a nombre del contratista, su costo se agrava con los aranceles correspondientes, en tanto que si se piden a nombre de la entidad interesada, ésta se halla exenta de derechos de aduana.

" Por esta última razón se previó que ISA verifica pagos al exterior por concepto de importaciones de materia prima y servicios técnicos que fuera necesario prestar por fuera del país. Pero quedó entendido que el valor de esos pagos entraba en la facturación del contrato, por cuanto no correspondían a instancias o sujetos autónomos dentro del mismo.

" La modalidad de operación del contrato no consistió, como quiere hacerlo aparecer ISA, en que ésta hubiera suministrado materia prima importada por

ella para que el consorcio realizara sobre dicha materia la fabricación estipulada, sino en que ISA pagó al exterior e importó por cuenta del consorcio dicha materia prima, para el beneficiarse de exenciones aduaneras, e hizo pagos por servicios al exterior, también por cuenta del Consorcio. Este, en efecto, asumió la responsabilidad por dichas importaciones y servicios, pues en el contrato se ve claramente que su obligación cubría todas las etapas del proceso necesario para entregar las torres, desde el diseño hasta su entrega listas para instalar. La obligación del consorcio no estaba condicionada a que ISA importara la materia prima y obtuviera los servicios pertinentes en el exterior, labores de las que se responsabilizó el consorcio, que fueron verificadas por él y que ISA pagó dentro del valor total del contrato.

" Ello significa que para efectos del impuesto sobre las ventas aquí no se trataba de un contrato de fabricación por encargo (D.L. 1988 de 1974, artículo 12), sino de un contrato de obra que causaba impuesto sobre las ventas por el total de precio convenido, Incluyendo gastos directos de financiación, accesoria,acarreos y demás erogaciones complementarias, o sea, el valor de las torres con sus accesorios, lo que incluye lo pagado por ISA a lo largo de la ejecución del contrato, según se previó expresamente en el mismo (Artículo 13 D. 1988/74).

" 14. Por oficio N° 5179 del 12 de abril de 1984 el ingeniero Gilmer Uribe Vargas, a nombre de ISA, reiteró la negativa a pagar la factura dizque porque del concepto de la Dirección de Impuestos se desprendía "Claramente que los materiales importados por ISA para la fabricación de las estructuras del pedido ISA-936, no son objeto del impuesto a las ventas, así como tampoco lo es el pago en moneda extranjera, por concepto de servicios técnicos en el exterior " , lo que en abstracto podría ser así pero no resulta exacto en el caso concreto, en el que los pagos verificados por ISA se imputaban al valor final del contrato y no a objetos autónomos como la importación de elementos o la prestación de servicios técnicos en el exterior. La carta continúa con una impertinencia, en el sentido de que supuestamente el consorcio se había obligado a acatar el concepto de la Dirección de Impuestos, lo que no es cierto pues para ello tendría que haber celebrado un contrato de transacción con ISA. Termina la misma con una observación que le dá toda la razón al consorcio, pues pide reajustar el impuesto de timbre para cubrir el mayor valor del contrato, el cual equivale a la suma de $28.281.693.43 más US$620.736.99", lo que incluye entonces los valores que ISA pagó directamente al exterior.

" 15. El consorcio respondió a ISA el 14 de mayo de 1984, por oficio N° CD-0765-84, glosando el concepto de la dirección de Impuestos, acompañando un análisis del doctor Hernando Sierra Mejía y solicitando elevar conjuntamente una nueva consulta en forma concreta y con base en la documentación contractual, tal como lo había señalado además la propia Dirección de Impuestos ,ISA no prestó oidos a esta comunicación, por lo cual el consorcio insistió en su reclamación en carta N° CD-0898-84 dirigida el 6 de junio de 1984 al gerente de ISA, doctor Pedro Javier Soto Sierra.

" 16. El 6 de julio de 1984, el doctor Carlos Arango L., a nombre de Estructuras Ceno de Antioquia S.A. , consultó a la Dirección de Impuestos sobre la situación que se presentaba al negarse el adquirente de un bien gravado con el impuesto de ventas a pagar el valor de dicho impuesto. Por oficio N° 22549 del 31 de agosto de 1984 la Dirección contestó diciendo que al acreedor le restaban las acciones legales contra el deudor para obtener el pago del valor total convenido, de conformidad con el Código de Procedimiento Civil.

" 17. El consorcio verificó un último intento de reclamación amigable presentando de nuevo la factura, convertida a pesos colombianos a la fecha del 31 de octubre de 1981, mediante carta CD-1645-84 de octubre 24 de 1984. La factura arrojó un saldo de $6.901.446.49 a cargo de ISA por concepto de impuesto a las ventas a la tasa del 6% sobre el valor del suministro original más los reajustes estipulados.

" 18, ISA dió nuevamente respuesta negativa, por oficio 16063 del 15 de noviembre de 1984 suscrito por el ingeniero Gilmer Uribe Vargas, en el que reiteró que los trámites convenidos en desarrollo del asunto relacionado con la factura arriba mencionada fueron agotados ", por lo que se sirvió devolverla con el mismo oficio.

" 19. Así las cosas, al consorcio no le resta otra vía que la contenciosa para hacer valer su reclamación, la que asciende al valor de la factura liquidado en pesos colombianos, más intereses a la tasa del 16% anual por mora en el pago de la factura, pues según lo estipulado en las cláusulas 8, 4 y 5 del documento de pedido , ISA se obligó a reconocer intereses a dicha tasa si dentro de los 45 días siguientes a la fecha de recibo de las cuentas de cobro en sus oficinas de Medellín no las hacía efectivas.

" 20. El consorcio cumplió oportuna y cabalmente todas sus obligaciones con ISA y han satisfecho el impuesto de timbre correspondiente al documento contractual. Cada uno de sus integrantes declaró y pagó el impuesto de ventas por la participación que tuvo en la obra, según se acredita con copias auténticas de las declaraciones de ventas y de los registros contables pertinentes, así como con certificación de cada uno de sus revisores fiscales "...."

CONSIDERACIONES :

" Incompetencia de Jurisdicción :

" Para decidir sobre ese tópico es necesario precisar, como lo advierte el apoderado de los demandantes cuál es la naturaleza del contrato controvertido; pues en la demanda se partió de la base de que el objeto del contrato lo tipifica como de obra pública al tenor del artículo 68 del D.L. 150 de 1976, vigente al momento de su celebración, mientras la demanda estima que era un contrato de " confección de obra " de derecho privado, '. . . por cuanto que la actividad

desplegada por el consorcio no encuentra dentro de la definición que de dicho contrato dá el artículo 81 del Decreto 222 de 1983 (Numeral 2°, artículo 68 del Decreto 150 de 1976).

" La entidad demandada dejó consignada su posición con relación a este asunto cuando al responder la demanda, dijo : " En el caso que nos ocupa se tipifica un contrato de confección de obra material en el cual el contratante, ISA, suministró la materia prima principal, o sea que estamos ante un arrendamiento de servicios y nó ante una obra pública o una compra-venta como lo pretende la parte demandante. Igualmente, se puede sostener que no se está frente a un contrato administrativo, sino ante un acuerdo que se rige por las normas de derecho privado. Arguye al efecto, que "... de acuerdo con el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 150 de 1976, norma que regía para la época en que se celebró el contrato, dicho estatuto solo se aplica a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, en cuanto a los contratos de obra pública y empréstito. Idéntica disposición existe en la actualidad en el vigente Decreto 222 de 1983 " .

" Agrégase a lo anterior que el contrato suscrito no contempló cláusula de caducidad, lo que según el apoderado de ISA, "... determina que la excepción de incompetencia de jurisdicción que se propuso en la contestación de la demanda debe prosperar. . . ".

" Conforme al tenor del contrato celebrado por las partes. EL OBJETO DEL PEDIDO ISA-936 "... incluye el diseño, fabricación, pruebas en fábricas, suministro, CIF Torca, de Torres y Fundiciones de acero galvanizado y demás labores inherentes a este tipo de suministro, de acuerdo a lo especificado en la Parte IV de los documentos de Licitación PE-002 y que se utilizaran en la construcción de la línea a 230 KV, Chivor II, Torca " .

" Por la época en que se contrató el diseño, fabricación, pruebas de fábrica, suministro CIF Torca de las Torres referidas, regía el D.L. 150 de 1976, estatuto que no definía que era el contrato de obra pública sino que dejaba que fuera el objeto o la actividad a realizar por el contratista relativa a una obra pública la que sirviera para determinar la naturaleza del contrato.

" Decía el artículo 68 del mencionado ordenamiento " Según su objeto, los contratos de obras públicas pueden clasificarse en tres grupos :

" 1° Para la ejecución de estudios, planos, anteproyectos, localización de obras, asesorías, coordinación o dirección técnica y programación.

" 2° Para construcción, montaje e instalación, mejoras adiciones, conservación y restauración :

" 3° Para el ejercicio de la interventoría " .

'Así las cosas, cuando el convenio versara sobre estudios de factibilidad, elaboración de planos, prestación de asesoría, coordinación técnica o programación, de construír, efectuar montajes e instalaciones o ejercer interventorías en obras destinadas al servicio público, debió entenderse que el pacto celebrado respondía a la modalidad del contrato de obra pública. Lo que interesaba era que la actividad desarrollada fuera de aquellas necesarias para la ejecución integral de la obra material afecta al servicio público.

" La obra pública involucra la etapa de inteligencia; planeamiento desarrollo y terminación requeridos para la ejecución de la obra material cuya destinación final es el servicio público. En consecuencia todos los acuerdos que se formalicen para la realización de dicha obra participan del régimen jurídico del contrato de obra pública y su juzgamiento corresponde a la jurisdicción de lo contenciso administrativo.

" Sentadas las anteriores premisas se impone definir cual es la naturaleza del contrato celebrado entre las partes enfrentadas en este pleito si es de obra pública como lo señalan los actores, con lo cual su cuestionamiento correspondería a la jurisdicción contencioso administrativa, o de confección de obra material como piensa la contratante por haber suministrado la materia prima principal, según dice, por lo que se generaría un contrato de arrendamiento de servicios de derecho privado de competencia de la jurisdicción ordinaria.

" La competencia para juzgar el contrato de obra pública, si esa resulta ser su naturaleza, devendría de lo previsto en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 150 de 1976 vigente a la sazón cuando se signó el acuerdo entre el consorcio e ISA que se ocupaba en señalar cual era su campo de aplicación , en el que involucra " A las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y a las Sociedades de Economía Mixta en las que la Nación posea más del noventa por ciento (90%) de su capital social les son aplicables las normas aquí consignadas sobre contratos de empréstito y de obras públicas y las demás que expresamente se refieren a dichas entidades ".

" Igual cosa estatuye el artículo 1° del Decreto 222 de 1983 que derogó el 150 de 1976.

" Naturaleza del contrato cuestionado.

" Dijimos que cuando se concertaba la ejecución de una obra material, el objeto del negocio y la destinación de la obra a la luz del Decreto 150/70 (sic) eran los criterios que caracterizaban el convenio. Algo similar ocurre hoy bajo la vigencia del D.L. 222/83, en que construír, montar, instalar, mejorar, adicionar, conservar, mantener y restaurar bienes inmuebles públicos o destinados a un servicio público, son actividades que ubican el convenio en la categoría de contrato de obra pública.

" En el pedido ISA-936 se acordó que el Consorcio ejecutaría " el diseño, fabricación, pruebas en fábricas, suministro, CIF Torca, de Torres y Fundaciones de acero galvanizado y demás labores inherentes a este tipo de suministro, de acuerdo con lo especificado en la parte IV de los documentos de Licitación PE-002 y que se utilizarán en la construcción de la línea 230 KV Chivor II. -Torca ".

" Fabricar, equivale a procesar a construir o elaborar bienes, en este caso " Torres y Fundaciones de acero galvanizado ", elementos que luego, de acuerdo con la misma declaración " utilizarán en la construcción de la Línea a 230 KV. Chivor II -Torca " .

" El tenor literal de lo expresado no permite conclusión distinta a declarar que el contrato celebrado entre las sociedades actoras y que para la ejecución del convenio conformaron un Consorcio e Interconexión Eléctrica S.A. fué un típico contrato de obra pública, cuyo juzgamiento compete a la jurisdicción contencioso administrativa.

" Que el contrato fuera de arrendamiento de servicios de carácter privado porque el convenio apuntó a la confección de una obra material bajo la dirección de ISA donde la dueña de la obra suministraba la materia prima principal es algo que se desvirtuó con la declaración hecha en la información adicional -fs- 54 aparte 03 LICENCIA DE IMPORTACION donde con ocasión de la oferta se expresó : " Nuestros precios tienen como base la entrega por parte de ISA al Consorcio de las licencias de importación y de la resolución de exención de impuestos arancelarios para la importación del acero, el zinc y la tornillería necesarios para la fabricación de las estructuras. Es entendido que los pagos correspondientes a tales importaciones serán hechos por nosotros ".

" Lo dicho fué corroborado con el experticio de folios 254 del Cdno # 1, donde se expresa :

" De acuerdo con las sanas prácticas contables, la contabilización de los elementos importados con destino a la ejecución del contrato si se verificó correctamente por ISA y por Estructuras Ceno de Antioquia. No obstante lo anterior, el manejo del contrato de la parte en dólares es más razonable en el movimiento contable de CENO que dió entrada a la materia prima importada, agregando costos de nacionalización, fletes, seguros, gastos en puerto, transportes. ISA efectuó los pagos en el exterior con abonos al contrato a nombre del Consorcio, no como comprador de materia prima, y ésta no la registró como su inventario, ni le dió salida de almacenes para el Consorcio porque ISA se identifica en el contrato como comprador del Consorcio ".

" De lo expresado se infiere, que el contrato si fué de obra pública por lo que el juzgamiento sobre la nulidad o incumplimiento es ciertamente del resorte de la jurisdicción contencioso administrativa. Es de anotar que los anteriores

razonamientos sobraban, si se tiene en cuenta que fué pactada la cláusula de caducidad en el Pliego de Condiciones -pág.I-27, numeral I-04.14-. Fs. 36 del Cdno. 5. No prospera entonces este cargo.

" *Caducidad de la acción.*

" Se fundamenta esta excepción en que el plazo que el contratista tenía para cumplir todas las obligaciones derivadas del pedido ISA-936 venció el día 8 de agosto de 1980. La factura N° S-OC-133-81 con la cual se pretendía que ISA reconociera un supuesto pago de impuestos a las ventas, tiene fecha 31 de octubre de 1981.

" El inciso 7° del artículo 136 del C.C.A. dispone que la acción relativa a contratos caducará a los dos (2) años de expedidos los actos u ocurridos los hechos que den lugar a ella, lapso que a la fecha sobradamente ha transcurrido y, en consecuencia, ha operado la caducidad de la acción.

" Olvidó el mandatario judicial de la entidad demandada que en este tipo de acciones no se hablaba de caducidad, sino de prescripción y que el manejo procesal de este fenómeno se regía por el Código Civil, donde para alegar la nulidad absoluta, la nulidad relativa, el cumplimiento con indemnización de perjuicios, interpretación de las cláusulas contractuales, o concreción de las cláusulas de reajuste, se disponía de 20 años, contados a partir de la fecha de expiración del plazo convenido.

"En el presente caso, el término de prescripción aún no había vencido y, como para la fecha de la presentación de la demanda (mayo 6/85) había entrado en vigencia el D.L. 01 de 1984, y éste se refirió al régimen procesal de la caducidad de las acciones, declarando que " Las relativas a contratos caducarán a los dos (2) años de expedidos los actos u ocurridos los hechos que dan lugar a ella" , significa que el manejo de las acciones se sustituyó, estableciendo diferencia entre la caducidad y la prescripción.

" Así las cosas, como la prescripción no se había operado cuando empezó a regir el término de la caducidad, las partes tenían la oportunidad legal de acogerse al nuevo régimen, para lo cual los dos años se iniciaban con la vigencia del nuevo estatuto. Como éste empezó a regir el 1° de marzo de 1984 sólo el 1° de marzo de 1986 se agotaba el término para accionar.

" La demanda se presentó el 6 de mayo de 1985, cuando el término de los dos años aún no estaba superado . No prospera esta excepción.

" *Ilegitimidad de la causa por pasiva.*

" El fundamento de esta excepción radica en que si el contrato celebrado fué el de confección de obra material y la materia prima principal para la confección de bienes muebles encargados al proveedor fué suministrada por

ISA, no puede existir duda alguna en el sentido de que por el valor de esa obra legalmente no había lugar al impuesto a las ventas. Ahora bien, si tal como lo afirman los demandantes efectivamente pagaron el mencionado impuesto, no es a ISA a quien deben reclamar el reembolso de dicho pago, sino a la Administración de Impuestos Nacionales para que reintegre lo mal pagado por los demandantes. "

" Cuando se trató con lo relacionado a la falta de jurisdicción se dijo que para establecer si se tenía o no competencia era necesario que se definiera cual era la naturaleza jurídica del contrato involucrado en el Pedido ISA-936 suscrito por las partes vinculadas a este pleito, se concluyó que se trataba de compras de elementos para una obra pública donde el Consorcio conformado por las firmas accionantes se comprometió a suministrar a la accionada unas " estructuras y fundaciones de acero galvanizado " que posteriormente habrían de utilizarse en el servicio de energía eléctrica. No se trataba como venía sosteniendo la parte demandada de un contrato de confección de obra pública en el que ISA aportara la materia prima principal. No fué así porque aunque si bien los documentos de importación señalan como importador a ISA, los bienes se importaron con cargo al contrario, pues así las exenciones arancelarias a que tenía derecho la contratante por pertenecer al sector eléctrico se traducía en un menor costo de los bienes que adquiría.

" Lo dicho fué plenamente establecido por los peritos en el examen a la contabilidad practicada a la firma lider del consorcio Estructuras Ceno S.A. y a Interconexión Eléctrica S.A. Apartes del dictamen dicen : " De acuerdo con las sanas prácticas contables la contabilización de los elementos importados con destino a la ejecución de las obras objeto de contrato si se verificó correctamente por ISA y por Estructuras Ceno de Antioquia. No obstante lo anterior, el manejo del contrato de la parte en dólares es más razonable en el movimiento contable de CENO que dió entrada a la materia prima importada, agregando costos de nacionalización, fletes, seguros, gastos en puerto, transporte, ISA efectuó los pagos en el exterior con abonos al contrato a nombre del consorcio, no como comprador de materia prima, y ésta no la registró como su inventario, ni le dió salida de almacenes para el Consorcio porque ISA se identifica en el contrato como comprador del Consorcio ".

" El manejo contable que las partes dieron a los bienes importados dan un idea clara de que el contrato celebrado respondió al descrito en el Pedido ISA-936 que las partes cumplieron cabalmente quedando pendiente tan solo el aspecto fiscal que fué el que originó este pleito, pues mientras los actores sostienen que el contrato generó el impuesto a las ventas y que ellos como responsables de su recaudo lo declararon y pagaron en la proporción en que cada uno había actuado en el suministro; la demanda insiste en que dicho contrato, que fué de confección de obra no causó el impuesto y que si los actores lo cubrieron debieron repetir contra la administración de Hacienda que fué la que recibió el pago de lo nó debido.

" Como el asunto relacionado con la naturaleza jurídica del contrato ya ocupó lugar en este estudio, trataremos lo concerniente al impuesto discutido, declarando primeramente si se causó o nó y, en segundo término se indicará a cargo de quien corría la obligación.

" En el régimen del Decreto 1988 de 1974, vigente a la fecha del contrato subexámine, en el artículo 2° se indicaba cuál era el hecho generador del tributo; dicho precepto disponía : " El impuesto grava la venta de bienes corporales muebles procesados, la importancia de éstos y la prestación de los servicios expresados en el presente decreto ".

" El artículo 3° a su vez, decía: " Para los efectos del presente decreto, se considera que hay venta :

" a) En los contratos de compraventa y permuta contemplados por la ley.

" b) En los contratos de confección de obra material, cuando el artífice suministre la materia principal.

" c) En los pagos de cualquier obligación, hechos en especie.

" d) En el retiro de bienes corporales muebles procesados, hecho de la empresa de su propiedad por el responsable del impuesto.

" c) En la nacionalización aduanera.

" f) En todo acto gratuito que tenga por objeto la transferencia de dominios ".

" El impuesto se causaba, según el artículo 5° : " a) En las ventas, incluídas las de mercancías importadas, en la fecha de emisión de la factura u otro documento equivalente y, a falta de éstos, en el momento de la entrega;. . . "

" Por su parte el artículo 13 del mismo estatuto señalaba : " La base para liquidar el impuesto será el total del precio convenido, sea que la venta se realice de contado o a crédito, incluyendo gastos directos de financiación, accesorios, acarreos y demás erogaciones complementarias".

" Por lo demás el impuesto era liquidado por el responsable, quien debía trasladarlo al adquirente por medio de factura -conforme lo establecían los artículos 10, 12-2, 21 y 24 del referido ordenamiento.

" Ante la claridad de los preceptos no cabe discutir que el contrato comprendido en este proceso estaba sujeto al impuesto de venta y que la base de liquidación del tributo abarcaba el total del precio convenido como acertadamente lo facturó la Sociedad Estructuras Ceno S.A.

" Tampoco era dable discutir a cargo de quien corría la obligación tributaria, pues la ley fiscal establecía como se dejó visto, que el vendedor es responsable de su recaudo y pago de que es el comprador, adquirente o consumidor final el que soporta el gravamen.

" En el presente asunto las cosas son aún más claras, pues en la oferta, que debe entenderse incorporada al contrato, se dijo: " Nuestros precios se entienden para las estructuras entregadas en la subestación de Torca y podrán rebajarse en un 5% si el valor del contrato inicial, se aumenta al 20% del valor FOB e ISA se hace cargo de los pagos en moneda extranjera por la materia prima de importación ".

" Agrega: " Los valores cotizados no influyen el impuesto a las ventas que en el momento es del 6% y se cobraría en forma adicional ".

" Nada en contrario se pactó . Luego hay que declarar que el impuesto a las ventas gravaba el costo de las torres y por ende al adquirente de ellas.

" Ahora, como el pago del impuesto era una de las obligaciones derivadas del acuerdo, y la entidad contratante se ha resistido a la devolución del valor que los contratantes pagaron por ella como responsables del tributo, habrá de declararse que incumplió parcialmente el contrato y condenarse al reintegro del dinero que cada uno de los contratistas pagó por dicho concepto, conforme se expresó en la facturación que Estructuras Ceno S.A. presentó el 31 de octubre de 1981, según documento visible a folios 80 y 81 del cuaderno N° 1.

" Como las partes contratantes habían previsto la forma de sancionar la mora en el pago de las sumas de dinero resultantes del contrato. estableciendo que se aplicaría un interés del 16% anual, no habrá lugar a hacer ajustes de dichas cantidades, sinó a liquidar el valor de lo que el consorcio pagó por concepto de impuestos a cargo de ISA mas los intereses a la rata convenida desde el 31 de octubre de 1981 hasta la ejecutoria del presente fallo.

De allí en adelante se estará a lo dispuesto en el artículo 177 del C.C.A.

" Las sumas adecuadas a las sociedades accionantes se liquidarán así :

" Valor según Factura N° S-OC-133-81 de octubre 31 de 1981 : $6.901.446

" Intereses moratorios del 16% anual (1.33 mensual desde octubre 31 de 1981, hasta agosto 31/90 : son 106 meses.

" Luego 106 X 1.33 %	X 140.98%
" TOTAL INTERES	$ 9. 729. 659

" MAS CAPITAL (IVA)	6.901.446
" TOTAL A PAGAR	$ 16.631.105

" DISTRIBUCION PROPORCIONAL SEGUN Fs. 81

" EMPRESA	PORCENTAJE	IVA	INTERES MORATORIO
ACERO ESTRUCTURAL S.A	23.81	$1.643.234	$2.316.632
CONSTRUCCIONES TISSOT Y CIA.	10.91	752.948	1.061.506
ESTRUCTURAS CENO DE ANT.	27.22	1.878.574	2.6748.413
H.B. ESTRUCTURAS METALICAS	19.22	1.326.458	1.870.040
SADE S.A.	18.84	1.300.232	1.833.068
TOTALES :	100%	$6.901.446	$9.729.659."

(fls. 318-327 y 336- 347 Cdno N° 1).

- II -

SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 353 y siguientes del Cuaderno Nro. 1, obra el escrito en que el apoderado del demandado hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha sido el caso, para lo cual discurre dentro del siguiénte universo :

" 1. a) Para definir el conocimiento del proceso, al aceptar la tesis planteada en la demanda y de paso desechar la excepción de incompetencia de Jurisdicción que se propuso en la contestación de aquella, el Magistrado ponente parte de la falsa premisa de que el Contrato cuyo incumplimiento parcial ha declarado tiene naturaleza jurídica de " OBRA PUBLICA " y, en consecuencia, el juzgamiento sí corresponde a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

"Si su Despacho se detiene a analizar el objeto y el real desarrollo del Contrato ISA-936, podrá encontrar que es un típico concurso de voluntades para la realización o confección de partes o elementos que, luego de ser debidamente ensamblados, vendrían a configurar unas torres para la conducción de energía

eléctrica en la línea de Interconexión entre la Central Hidroeléctrica de Chivor y la Subestación Torca; es decir; que el Contratista se obligó para con la Empresa que represento a confeccionarle y entregarle CIF sitio en la mencionada Subestación una serie determinada de bienes muebles, que no son otra cosa diferente a un conjunto de piezas metálicas que fueron suministradas sueltas en el lugar convenido, tal y conforme se logró evidenciar en el trámite de rigor.

"En efecto, obra en el expediente comprobaciones contundentes que corroboran lo antes afirmado. En tal sentido, a folios 196 y siguientes del cuaderno de pruebas, el señor representante legal de la firma lider del Consorcio demandante, afirma:

" " Quinta : Diga en que forma fueron entregadas las torres en Torca, es decir, si estas se entregaron armadas o simplemente se hizo entrega CIF de un conjunto de piezas componentes de cada torre, pero sin armar : RESPONDIO Es cierto, se entregaron un cojunto de piezas para armar las torres. .

" A folios 213 y siguientes del mismo cuaderno, el Representante Legal de la firma CONSTRUCCIONES TISSOT Y CIA S.A. , al respecto sostiene :

" Diga como es cierto que el objeto del contrato no comprendía la colocación de las torres en los sitios de torre señalados por ISA dentro de la ruta escogida para la construcción de la mencionada línea, sino que dicho objeto culminaba con la entrega de los elementos en Torca? CONTESTO: Efectivamente nuestro contrato se limitaba a diseñar, fabricar, probar y transportar CIF denominado Torca (sic).

A la cuarta pregunta que dice: Diga como es cierto, si o no, que la labor del Consorcio en desarrollo del contrato ISA-936 se limitó al diseñó. confección, o sea corte y perforación según el diseño galvanizado de las piezas, transporte y entrega CIF de un conjunto de piezas componentes de cada una de las torres, pero sin armar, CONTESTO : La totalidad de la fabricación fue entregada en piezas sueltas debidamente prefabricadas nada más. . . . "

A folios 244 aparece la declaración del Representante Legal de SADE quien afirma :

" Entiendo que ese era el objeto del contrato. Es decir para dar una respuesta categórica tengo que revisar el contrato, pero tengo entendido que el objeto del mismo es el de entregar los componentes de las Torres en el sitio de la obra y no la instalación del mismo (sic). . . " Más adelante dice : " Las torres se entregaron sin armar, es decir como un conjunto de piezas sueltas, porque entre otras cosas pretender instalar una torre armada es virtualmente imposible".

" Por último, en idéntico sentido depone el señor KLOTZ HARALD, representante legal de la sociedad H.B. ESTRUCTURAS METALICAS S.A., según declaración que aparece a folios 246 y siguientes.

" Por su parte, los señores peritos que intervinieron en el proceso, en su experticio visible a folios 245 y siguientes dicen :

" Lo sucedido entre ISA y el Consorcio liderado por CENO, fue un contrato de compraventa, porque así lo fijó aquél documento y en reiteradas lecturas aparece que ISA es el comprador, CENO y los otros, se obligaron a entregar. . . un bien corporal mueble procesado, e ISA se obligó a pagarles en dinero. . . (sic) . . . Estos bienes muebles los entregaría luego ISA a otro contratista para la construcción de la línea a 230 KV Chivor II -Torca-, aquí se origina el gravámen del bien mueble procesado porque se entra en otra etapa que es instalar el bien mueble en un inmueble, para lo cual existió un nuevo contrato entre ISA y otra firma (sic) . . . . porque se trata, repetimos, de un bien corporal mueble producido en el país y para el cual fue necesario alguna materia prima que es gravable. Este contrato DE CONFECCION DE OBRA MATERIAL, sí lo quieren tratar así, no tiene por parte alguna la cláusula de que es " hasta colocarlas en un inmueble, curso en el cual se convertiría en un bien inmueble, por adherencia" (Destacamos).

" La anterior prueba tampoco fue apreciada por el Tribunal, y en cambio transformó un contrato que antes había catalogado como de Obra Pública en una compraventa , para poder ahora sí gravarlo conforme se había sostenido en la demanda.

" La entidad Oficial que represento ha sido reiterativa en el sentido de que el objeto del Contrato suscrito entre ella y las firmas demandantes constituía un típico convenio para la confección de una obra material, en donde el propietario del bien dió al Contratista la materia prima principal, actividad que no se encuentra gravada con el Impuesto al Valor Agregado regulado por el Decreto 1988 de 1974 y, en consecuencia, si el Consorcio, debido a una equivocada asesoría tributaria, canceló un Impuesto que no operaba para el Contrato, le corresponde demandar de la Administración de Impuestos Nacionales la devolución de lo indebidamente pagado, pero no se puede obligar a ISA a cubrirle tal reintegro, como se ha pretendido hacer con la acción que ahora ocupa la atención de esa H. Corporación.

" Sobre este tópico, es preciso resaltar al H. Consejero el hecho de que el Consorcio demandante, dejó precluir la oportunidad legal para solicitar a la Administración de Impuestos Nacionales la devolución del supuesto tributo que dice pagó como se puede apreciar en las declaraciones que obran en el proceso (ver folios 201, 215, 246), y en especial, con lo manifestado por el señor KLOTZ HARALD, quien al ser preguntado sobre el particular, es enfático en manifestar :

' Ni el Consorcio ni nuestra empresa individualmente hemos hecho una solicitud de devolución del impuesto pagado, ya que en el momento de presentarse el problema con ISA, del no pago a nuestro consorcio, LOS TERMINOS LEGALES POR UN LADO HABIAN VENCIDO PARA

ESTA CLASE DE RECLAMACIONES y por otro....." (destacamos). (flio. 248 del cuaderno de pruebas).

'' Por otro lado lo anterior, respetuosamente solicito al H. Consejo de Estado revocar la sentencia apelada, declarar probada la excepción de ilegitimidad en la causa por pasiva, que fue propuesta y comprobada a lo largo del trámite procedimental.

'3. Por último, y sin que nuestra posición pueda ser interpretada como un apoyo al fallo recurrido, es mi obligación manifestar que acertadamente el Tribunal no accedió a la solicitud de indexación que conjuntamente con el pago de los intereses de mora se pidió con la demanda, ya que el haber ordenado el pago de intereses moratorios más una corrección monetaria solicitada no tiene sustento en la equidad, ya que los solos intereses arrastran con todo el pago de la prestación dineraria, sin que se pueda aducir a otro concepto de indemnización por no ser acumulables.

" La H. Corte Suprema de Justicia en reciente providencia refiriéndose al tema ha dicho :

" Los intereses moratorios comprenden el resarcimiento por la pérdida del poder adquisitivo del dinero; en consecuencia no es procedente condenar al pago de intereses de mora más corrección monetaria, pues no sería justo ni equitativo, esta vez con el deudor , hacer gravitar nuevamente y de manera arbitraria el deterioro del signo monetario imponiéndole una condena adicional que vendría a hacerlo soportar un doble pago sobre el mismo concepto por vía de la revaluación de la suma líquida adecuada " (Sen. enero 24/90. Mag. Pon. José Alejandro Bonivento)

" De esta forma dejo sustentado mi recurso. "

- III -

ADHESION AL RECURSO POR PARTE DEL

APODERADO DE LA PARTE ACTORA

En escrito visible a folios 367 y siguientes del cuaderno N° 1, el mandatario judicial de los demandantes manifiesta que adhiere el recurso de apelación interpuesto por la contraparte, tomando apoyo para ello en lo preceptuado en el artículo 353 del C. de P. Civil. En lo pertinente del mismo, destaca :

" Esta apelación se reduce a un punto de derecho que se analiza más adelante, pero en manera alguna implica reparo al cuidadoso, serio, ponderado y profundo estudio de los hechos, de la prueba y del derecho aplicable que con gran claridad se consigna en la parte motiva del fallo del H. Tribunal Administrativo de Antioquia.

" La parte demandante formuló cuatro peticiones : 1,2, 3 y 4, siendo la segunda (2) subsidiaria de la primera y teniendo las otras tres, por tanto, el carácter de principales.

"La sentencia , no obstante que encontró acreditados los hechos de la demanda y, así mismo, adecuados al ordenamiento jurídico y al asunto debatido los fundamentos de derecho invocados, se abstuvo de acceder a la petición 4, que se transcribe a continuación :

" 4. Que se ordene el ajuste del valor a que ascendiere la condena tomando como base el índice de precios al consumidor o al por mayor que considere aplicable el H. Tribunal. "

" Tal petición se hizo con base en el artículo 178 C.C.A. , norma que, de manera imperativa, " en todos los casos ", ordena hacer el ajuste con base en los parámetros en ella indicados, pues no es justo, ante altas tasas de desvalorización de nuestra moneda, que se condene a cifras nominales, envilecidas por el paso del tiempo de duración del proceso.

" Con ello se pretende, desde luego, que quien deba recibir la suma de dinero a cuyo pago ha sido condenada la otra parte, reciba una cantidad *con el mismo poder adquisitivo,* aun cuando sea nominalmente mayor.

'En el asunto *sub-judice*, como se anotó, el fallo en su parte resolutiva se abstuvo de hacer tal ajuste de valor y en la motiva dió como argumento para ello el que se habían pactado intereses moratorios a la tasa del 16% anual.

" Es justo que I.S.A., entidad que fué declarada como contratante incumplida, salga beneficiada de su incumplimiento , reconocido sólo una tasa del 16% anual, cuando los índices de precios a que se refiere el C.C.A., duplican casi esa tasa. Correlativamente , el contratante que cumplió rigurosamente sus prestaciones -parte demandante-; que pagó su peculio unos impuestos cuyo pago debió reconocer I.S.A. *hace cerca de nueve años,* se vería abocada a recibir una suma ajustada en un porcentaje muy inferior al real, con lo que recibiría menos de lo que pagó por la beneficiaria de las obras.

" Sostener como principio general, para aplicarlo a este caso como lo hizo la sentencia, que la estipulación de intereses moratorios limita al pago de éstos la responsabilidad del deudor, significaría *ponerle precio* al incumplimiento, que no es otra cosa que la condonación del dolo futuro que está expresamente prohibida por la ley en el artículo 1522 C.C.

" El incumplimiento imputable del deudor hace que la justicia deba obligarlo a cumplir y además , a indemnizar perjuicios, que en este proceso fueron pedidos bajo la modalidad de la actualización monetaria según el artículo 178 C.C.A. Mantener el principio de la sentencia del *a-quo* significaría sostener que I.S.A. " compró el derecho de incumplir " pagando un 16% anual para

recibirlo el acreedor nueve años después , lo que equivale a un interés efectivo anual completamente ridículo que se constituiría en premio del incumplimiento.

" La injusticia salta a la vista. Por ello solicito al Consejo de Estado acceder a la petición 4. de la demanda . "

-IV-

VISTA FISCAL

La Fiscal Segunda de la Corporación, en su concepto de fondo, *OBSERVA :*

" Estudio el expediente, esta Fiscalía procede a emitir el concepto solicitado:

" En primer lugar es necesario estudiar la naturaleza del contrato a que se refiere el presente asunto. Al folio 59-C-1, aparece el llamado pedido ISA 396 . De la lectura de ese documento no queda la menor duda que se trató de un contrato de suministro . Así se le menciona en el encabezamiento cláusula primera del convenio y en otras de sus cláusulas .

" Por su parte la cláusula sexta estableció los plazos dentro de los cuales el Contratista -Proveedor en este caso- debía ir entregando el material que ISA necesitaba.

" Resulta equivocado afirmar, que por tratarse de material destinado a una obra de servicio público, la adquisición de los materiales constituye un contrato de obra pública.

En este caso, el contrato de suministro que se pactó tiene identidad propia y no puede confundirse con un contrato de obras públicas, que por cierto resulta desconocido pues aparece anexado al expediente por no ser el objeto del litigio que se analiza.

" El contrato de suministro que se estudia fué suscrito en 1979 durante la vigencia del Decreto 150 de 1976 esto en el supuesto de que ya en ese entonces la Sociedad Anónima I.S.A. creada como tal en 1967 (fl. 173 C-2) se había transformado en Empresa Industrial y Comercial del Estado.

" Porque hay que advertir, que no existe prueba de la actual naturaleza de la entidad demandada Interconexión Eléctrica S.A. para la fecha en que se suscribió el contrato. Pero si admitimos que para ese entonces era una Empresa de la llamadas Industriales y Comerciales del Estado, su régimen general de contratación era el consagrado en sus estatutos y regida, en principio, por el derecho privado; por tanto el Decreto 150/76 o estatuto contractual de la Administración no le era aplicable. Sólamente se exceptuaban de esta regla general los contratos de obras públicas y empréstitos (art. 1° inciso 2° Decreto 150/76).

" Por esta especial circunstancia se explica la insistencia y empeño de los Actores en tratar de calificar el contrato de suministro como un contrato de obras públicas, pues sólamente calificándolo de tal se podía afirmar que era un contrato administrativo. Por otra parte, si se clasificaba como de obras públicas, se presumía incluída la cláusula de caducidad, que no fué expresamente pactada en el convenio que las partes suscribieron.

"El Objeto del contrato, ampliamente señalado en el pliego de licitación, nos señala sin lugar a ninguna duda, que se trató del suministro periódico de unos elementos o materiales para embalsar unas torres, incluyendo sus accesorios, anclajes etc.

" El capítulo IV .02 del pliego o Grupo C adjudicado a los Actores visible a folio 83 y siguientes del cuaderno N° 3, consagra de manera pormenorizada el objeto del contrato de suministro.

" La circunstancia de mencionarse en el pliego la palabra " construcción " no indica que se trató de un contrato de obras, como erróneamente lo dice el Tribunal. Simplemente quiere decir que algunos elementos debían ser confeccionados por el proveedor, pero entendiéndose que tan sólo eran elementos o partes de las torres o de los accesorios que debía suministrar a Interconexión Eléctrica S.A. el proveedor.

" Leyendo con cuidado el pliego, encontramos muy claro que en el presente caso se trató de la adquisición de unos elementos, algunos confeccionados, otros traídos en parte del exterior, otros comprados en el país, y que el proveedor en todo caso debía de entregar o suministrar dentro de los plazos señalados.

" En relación con los materiales y materia prima tenemos, que del contexto mismo de la licitación y del contrato, se desprende que éstos estaban a cargo del contratista o proveedor. Los pagos que por estos conceptos tenía que efectuar ISA en el exterior, deben entenderse como pactados para el sólo efecto de rebajar costos al beneficiarse de la exoneración de impuestos a que tenía derecho ISA como Empresa Industrial y Comercial del Estado. Pero lo anterior no puede cambiar la naturaleza del contrato de suministro como lo pretende el apoderado de dicha entidad, cuando afirma que se trató de un contrato de arrendamiento de servicios para la confección de una obra (Código Civil Art. 2053).

" El contrato de obras públicas hace relación a bienes inmuebles y aunque no quedó definido en el Decreto 150/76 en la forma en que lo hizo el Decreto 222 de 1983 (art. 81), siempre se ha entendido como elemento fundamental del mismo el referirse a inmuebles.

" El contrato de suministro según el art. 103 del D. 150/76, es aquél que tiene por objeto la provisión periódica o continuada de bienes muebles a la entidad contratante.

" Lo que se adquiere o compra en este caso son bienes muebles y el hecho de que algunos de esos bienes tengan que ser elaborados, confeccionados, fabricados, o construídos por el proveedor, no implica que se trate de un contrato diferente. El término constituír en ese caso es sinónimo de los demás aquí indicados, pero no puede confundirse con el término usualmente utlizado de construcción de obra en los contratos así denominados.

" La sentencia pretende deducir del verbo construír, utilizado en el contrato o pedido 936 (folio 59C-1), que se trata de un contrato de construcción de obras públicas, lo que sin lugar a dudas es un grave error, pues como ya se explicó, el término " construír " se está refiriendo a la elaboración de algunos bienes muebles objeto del contrato de suministro.

" Otra caraterística del contrato de suministro, la constituye la periodicidad en la entrega de los bienes que se adquieren. Este elemento precisamente lo distingue del contrato de venta en donde la entrega del bien normalmente se hace por una sola vez.

" En el presente caso, es muy claro que en el pedido 936 o contrato de suministro, se estipularon los plazos de fechas en que el proveedor tenía que entregar los diferentes bienes. Veáse la cláusula sexta (fl. 59 vto. C-1).

" De todo lo anterior es forzoso concluir, que el contrato que se estudia es un típico contrato de suministro de bienes muebles de carácter privado y regido por las normas del derecho civil. En consecuencia cualquier problema en relación con el mismo es de competencia de la justicia ordinaria y no de la contenciosa administrativa.

" El recurso interpuesto, en donde se planteó este aspecto, debe prosperar.

" Por lo expuesto, esta Fiscalía se permite solicitar a la Sala se revoque la sentencia, se anule todo lo actuado y se declare la fecha de jurisdicción para conocer del presente asunto. " (fls. 380-384 C-1).

- V -

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) Dentro del proceso quedaron debidamente demostradas las siguientes circunstancias particulares del caso :

PRIMERA : Que por resolución N° 0137 del 12 de septiembre de 1978, el Gerente de INTERCONEXION ELECTRICA S.A. ordenó la apertura de la

licitación pública PE-002 para el suministro de los materiales de la línea de transmisión a 230KV Chivor II. Torca, habiéndose definido, en las INTRUCCIONES A LOS PROPONENTES Y CONDICIONES DEL PERIODO, en los puntos 1.01.1 y 1.01.2, el universo de la invitación a los proponentes, y la descripción y alcance de las obras, dentro del siguiente temperamento :

" ..... solicita propuestas para el diseño, fabricación, suministros, pruebas, transporte y entrega FOB y financiación de las torres con sus accesorios, conductores de fase, cables de guarda y puesta a tierra ', ailadores y herrajes, para utilizar en la construcción de la línea Chivor II- Torca, a 230 KV.. " la línea será construída con torres autosoportadas de acero galvanizado, configuración vertical con dos cables de guarda. Los conductores serán del tipo ASCR, Código CHUKAR y FINCH, los cables de guarda serán ALUMOWELD 7# 9 AWG. Las funciones de las torres serán en concreto o parrilla, dependiendo de las características del suelo

" 1.04.14 CADUCIDAD.

" ISA podrá declarar la caducidad del Pedido mediante resolución de la Gerencia, por las causales indicadas por la ley o por la ocurrencia de cualquiera de las siguientes circunstancias :

" a. Si el PROVEEDOR no cumple con las entregas de los elementos y materiales, o cualquier otro servicio, dentro de los plazos especificados en el Pedido o cualquier ampliación aprobada de los mismos.

" b. Cuando el PROVEEDOR falla en el completo desarrollo de cualquier otra obligación contractual y, previa solicitud de ISA, no corrige las fallas o circunstancias que pueden poner en peligro el cumplimiento del Pedido, dentro del plazo razonable que ISA le fije por escrito.

" En caso de que se declare la caducidad del Pedido o parte de éste, ISA podrá tomar posesión de los materiales, planos, dibujos y demás elementos destinados a formar parte del Pedido, AL PROVEEDOR se le reconocerá el valor de la obra ejecutada, a satisfacción de ISA, y el de los materiales en proceso de fabricación que sean aceptables para ésta, con base en los precios y procedimientos estipulados en éste Pedido, y en evaluaciones que correspondan al costo de las obras ejecutadas. El valor a reconocerse será el que quede después de descontar todas las sumas a cargo del PROVEEDOR quien será responsable ante ISA de cualquier sobrecosto que demande la terminación de tales materiales de las multas que por las demoras que estos procesos impliquen. Si no se dá por terminado el Pedido. el PROVEEDOR deberá continuar con la ejecución del mismo, en cuyo caso también será responsable ante ISA por las multas por demoras y por cualquier perjuicio que tales demoras puedan causar.

" Los derechos y recursos de ISA establecidos en esta sección no incluyen prescritos por las leyes colombianas o por el Pedido. " . (fls. 36-37 C-3).

SEGUNDA. Que en el punto 1.04.02 de las referidas INSTRUCCIONES Y CONDICIONES DEL PEDIDO, se dejó en claro que :

" Los precios que se propongan en el Formulario de la Propuesta deben incluir todos los impuestos y derechos que obliguen al Proponente en su país de origen, así como todos los impuestos que se causen por legalización y ejecución del Pedido " . (Anexo, Tomo 1, pág. 27).

TERCERA : Que por resolución Nro. 073 de 18 de abril de 1979, el Gerente de INTERCONEXION ELECTRICA S.A. , ajudicó el grupo C, estructuras y fundaciones de acero galvanizado, de la Licitación Pública PE-002, al consorcio formado por : Estructuras Ceno de Antioquia S.A. , Construcciones Tissot S.A. , H.B Estructuras Metálicas, Acero Estructural S.A. y Sudamericana de Electrificación S.A. por un valor CIF Torca de UN MILLON SEISCIENTOS VEINTIUN MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y SIETE DOLARES DE U.S.A (US$ 1.621.897.oo), más SETENTA Y TRES MILLONES SETECIENTOS OCHO MIL TRESCIENTOS SEIS PESOS COLOMBIANOS ($773.708.306.oo).

CUARTA : Que el día ocho (8) de agosto de mil novecientos setenta y nueve (1979), las partes firmaron el documento que obra a folios 59 y siguientes del Cuaderno N° 1, en el cual se recoge *EL PEDIDO ISA 936* en cuya cláusula primera, *OBJETO DE PEDIDO*, se lee :

" El presente pedido ISA-936 incluye el diseño, fabricación, pruebas en fabrica, suministro, CIF Torca, de Torres y Fundaciones de acero galvanizado y demás labores inherentes a este tipo de suministro, de acuerdo con lo especificado en la Parte IV de los documentos de la Licitación. " .

QUINTA: Que el día 24 de Octubre de 1984, el Señor Carlos Arango, envió a INTERCONEXION ELECTRICA, la factura N° S-OC-133-81 en la cual se presenta el valor final en dólares por la fabricación y suministro de las torres, liquidándose en ella un seis (6%) por ciento de impuesto a las ventas que monta SEIS MILLONES NOVECIENTOS UN MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS CON CUARENTA Y NUEVE CENTAVOS ($6.901.446.49.), la cual fue devuelta por ISA, según se desprende de la comunicación N° TCLL-81 15223, en la cual se destaca :

"... devolvemos la factura de la referencia, ya que el impuesto a las ventas no se causa por pagos hechos en el exterior en moneda extranjera " (C1, fol. 84).

B) A la luz de acervo probatorio que se deja enlistado, la Sala encuentra que el *a-quo* hizo una seria , ponderada y jurídica valoración de todas la circunstancias particulares del caso, verdad que lleva a confirmar la sentencia, pues ella, en todo su universo, se ajusta a la ley y al derecho.

En el caso sub-exámine sobra todo el debate jurídico que se hizo en torno a la naturaleza del contrato, esto es, si es de OBRA PUBLICA, de COMPRAVENTA o de CONFECCION DE OBRA MATERIAL, como lo predica el apoderado del centro de imputación jurídica demandado, pues en él se recoge la cláusula de CADUCIDAD, circunstancia que por sí misma le da competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa para resolver los conflictos de intereses que surjan con ocasión de su celebración o ejecución. Y se afirma lo anterior, porque en el punto 1.04.14 de las INSTRUCCIONES A LOS PROPONENTES Y CONDICIONES DEL PEDIDO, se estipuló que la CADUCIDAD operaría por los motivos indicados en la ley, o por la ocurrencia de una cualquiera de las circunstancias que allí, se precisan. Así las cosas, se impone recordar que el PLIEGO DE CONDICIONES, en cuanto recoge el contenido anticipado del contrato, es parte integrante de éste, y como lo enseña Miguel Angel Bercaitz, participa de su naturaleza jurídica. Esta verdad explica que en el PEDIDO ISA 936, cláusula cuarta, se hubiese estipulado, en lo pertinente, lo siguiente :

> *CLAUSULA CUARTA. DOCUMENTOS DEL PEDIDO.* Regulan, complementan, adicionan y determinan las condiciones del presente Pedido en la prioridad enumerada, los siguientes documentos, 1. El presente Documento 2. *El pliego de Condiciones para la Licitación PE-002, Incluyendo los adenda números 1, 2 y 3 mediante los cuales se modificó el Pliego de Condiciones cuyo contenido completo declara conocer y aceptar el PROVEEDOR* . . . . " (Subraya de la Sala).

En este momento del discurso cabe recordar que en Colombia, desde la expedición de la ley 52 de 1990 se autorizó a la administración para hacer la declaratoria de " CADUCIDAD " del contrato en todos los casos en que se vivenciara el incumplimiento del mismo, por parte del contratista. En principio se repetía en la ley 167 de 1941, artículo 254, en la ley 4ª de 1964 y en el Decreto 150 de 1976, bajo cuya vigencia se celebró el acto jurídico que ha dado origen al presente conflicto de intereses. Esta verdad jurídica ha llevado a profesores de la materia, como el Dr. Jaime Vidal Perdomo, a enseñar :

> " Este principio, que constituye un privilegio " exorbitante" en el derecho, basta para clasificar el de obras públicas como contrato administrativo. *Por ello las controversias a que se puede dar lugar se ventilan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo (Consejo de Estado y Tribunales Administrativos departamentales según el decreto ley 528 de 1964)* " (El Contrato de Obras Públicas. Comentarios al Decreto 150 de 1976. Universidad Externado de Colombia 1979, pág. 19) (Subrayas de la Sala).

El universo jurídico que se deja destacado demanda su aplicación al caso en comento, con más fuerza de convicción, después de la entrada en vigencia del Decreto 222 de 1983, que en lo pertinente del PARAGRAFO del artículo 17, preceptúa:

" PARAGRAFO. No obstante, la justicia contencioso administrativa conocerá también de los litigios derivados de los contratos de derecho privado en que se hubiere pactado la cláusula de caducidad. . . " (Subrayd de la Sala).

Con lo anterior se quiera significar que, aún aceptando, en gracia de discusión, que el contrato fuera privado a la luz de la legislación vigente en 1976, del diferente surgido entre las partes debe conocer ahora la jurisdicción contencioso administrativa, pues no es posible, alegar la PERPETUATIO JURISDICTIONIS, ya que, como lo enseña bien el Profesor Hernando Devis Echandía, *" Sí la nueva ley cambia la competencia o la rama jurisdiccional que debe conocer del proceso, tiene aplicación a los procesos en curso "* (Compendio de Derecho Procesal. Tomo I. Teoría General del Proceso. Décima Edición, pág 136) (Subrayas de la Sala).

C) Definida la problematica anterior, se impone decidir si le asiste la razón al demandante cuando solicita que se haga la declaración de que Interconexión Eléctrica, está obligada a pagar a las sociedades demadantes, en la proporción que a cada una de ellas le corresponda, la suma de SEIS MILLONES NOVECIENTOS UN MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS CON CUARENTA Y NUEVE CENTAVOS ($ 6.901.446.49.), valor del impuesto sobre las ventas liquidado a la tarifa del seis por ciento (6%) sobre el monto total del contrato.

En la propuesta que hizo el consorcio demandante a INTERCONEXION ELECTRICA S.A. , bajo el rubro " INFORMACION ADICIONAL ", precios, se lee, en lo pertinente :

" LOS VALORES COTIZADOS NO INCLUYEN EL IMPUESTO A LAS VENTAS QUE EN EL MOMENTO ES DEL 6% Y SE COBRARIA EN FORMA ADICIONAL . .." (C1, fol. 54).

Para la Sala la anterior cláusula forma parte del contrato celebrado por las partes, pues la PROPUESTA es una auténtica oferta de contrato que, aceptada sin salvedades, vincula a quienes en él han intervenido. Ese acto jurídico de formación unilateral y también unilateral, ya que genera obligaciones para el proponente, tiene trascedental importancia dentro del proceso de contratación, pues fija definitivamente la posición del proponente y también la de la Administración, cuando ésta la ha aceptado. Esta verdad jurídica explica muy bien la causa , motivo o razón por la cual el centro de imputación jurídica demandado no pueda ahora desconocer el temperamento obligacional que tal manifestación de voluntad tiene. Por ello se enseña que vincularse a traves de la declaración de voluntad significa que no se pueda romper o destruír lo que se ha convenido. Se impone, en casos como el presente, que las partes justifiquen la confianza que en la práctica se ha producido. Esta es una exigencia no sólo moral, sino también un principio del Derecho justo.

El Universo de lo que deja expuesto lleva a la Sala a confirmar la sentencia impugnada, pues ella se ajusta a lo acordado por las partes, a la ley y al derecho.

D) Dentro del proceso se demostró, en legal forma, que el Consorcio demandante pago por concepto de impuestos a las ventas la suma de SEIS MILLONES NOVECIENTOS UN MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS ($6.901.446.oo). A esta conclusión llegaron los peritos después de ". . . examinar la contabilidad de Interconexión Eléctrica S.A. -ISA- y la de Estructuras Ceno de Antioquia. . . y " todos los antecedentes y el desarrollo del pedido ISA-0936, y en especial los asientos y papeles que documentan y registran este contrato con énfasis en los pagos por importaciones y servicios técnicos en el exterior, a que se refiere la cláusula séptima literal d. del contrato . . . " , como se lee en el trabajo que obra a folios 245 y siguientes del Cuaderno Nro. 1 . Para darle mayor fuerza de convicción a la sentencia, la Sala desea destacar los siguientes apartes tomados del mismo. En lo pertinente , de él se lee :

" El impuesto se generó en la importación de bienes corporales muebles : la exención la obtuvo ISA para los derechos de aduana o arancelarios, más no para el IVA.

"El IVA no se concede como exención en la legislación para las entidades públicas como ISA o privadas como Ceno y las otras del Consorcio. . . . . el gravamen en discusión fue pagado efectivamente por el Consorcio a la Administración de Impuestos, son suficientes las pruebas documentales aportadas como los certificados de los respectivos Revisores Fiscales. . . " .

La Sala valora, en todo su universo, el anterior experticio, el cual le produce fuerza de convicción en el sentido de que las empresas integrantes del Consorcio demandante sí pagaron el referido impuesto a las ventas, por el monto ya indicado. En apoyo de esta verdad viene las certificaciones expedidas por los Revisores Fiscales de las Compañias Estructuras Ceno de Antioquia S.A. , Construcciones Tissot y Cia S.A. , Acero Estructural S.A. y H.B. Estructuras Metálicas S.A. , que obran a folios 203 y siguientes del Cuaderno N°1.

La Sala patrocina la condena que hizo el tribunal cuando definió que sobre la suma de SEIS MILLONES NOVECIENTOS UN MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS ($6.901.446), Interconexión Eléctrica S.A. -ISA- debe reconocer intereses del diez y seis por ciento (16%) anual a partir del 31 de octubre de 1981 y hasta la fecha de ejecutoria del fallo.

En este momento del discurso el *ad-quem* sólo precisa que no se podrán liquidar intereses de intereses, pues la ley prohibe el anatocismo.
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 treinta y uno de agosto de mil novecientos noventa (1990), proferida por el Tribunal Administrativo de

Antioquia, dentro del proceso de rubro, por las razones dadas en los considerandos de este proveído ;

SEGUNDO : Ejecutoriado este fallo, devuélvase el expediente al tribunal de origen. Expídanse las copias de la sentencia con su nota de ejecutoria, precisando cuál de ellas presta mérito ejecutivo.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

CUANTIA-Estimación/ **COMPETENCIA FUNCIONAL/ PRINCIPIO DE CONGRUENCIA**

Cuando se pretende, por ejemplo, una indemnización de perjuicios, la formulación de dicha pretensión no es correcta ni suficiente cuando se limita a expresar ' que se condene al pago de los perjuicios materiales que resulten probados dentro del proceso ' . No; se debe hacer no solo el estimativo del valor de lo así pretendido, porque sobre ese valor girará parte de la controversia desde el punto de vista probatorio, sino que deberá indicarse éste por razones de congruencia, ya que el juzgador no podrá exceder más de lo pedido, sin incurrir en *ultra petita.* La ley procesal quiere que en la demanda se haga el estimativo de lo que la pretensión valga hasta su presentación, pero en ninguna forma está excluyendo la estimación de los incrementos que el valor inicial tenga por intereses, perjuicios u otra cosa diferente. En conclusión, la cuantía, para que tenga validez procesal y por ende, produzca sus consecuencias no solo frente a la competencia funcional y a la congruencia, sino frente a las resultas del proceso, tiene que ser siempre determinada o determinable, entendiendo por esta última cuando en la demanda se indican los factores apropiados para su cuantificación final.

PREJUDICIALIDAD PENAL-Improcedencia/ **SENTENCIA PENAL/ PRUEBA TRASLADADA**

Así como se puede absolver a la entidad dentro del proceso de responsabilidad patrimonial por falla del servicio configurada por la conducta dolosa o culposa de un agente público determinado que resulte condenado penalmente, se le puede condenar por la justicia administrativamente aunque resulte absuelto el agente dentro del proceso penal. Lo anterior porque en tales eventos no opera la prejudicialidad

penal, ya que la conducta personal del agente se juzga con sujeción a la normatividad penal y la falla del servicio de la entidad la perspectiva de las normas que regulan la responsabilidad de tales entes.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C., junio veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia : Expediente N° 7114. Actor : Graciela Saiz Lugo y Otros. Consulta.

Procede la sala conocer en grado de consulta la sentencia de 7 de octubre de 1991, dictada por el tribunal administrativo del Tolima, mediante la cual se dispuso:

" *PRIMERO.* - Declárase a la Nación Colombiana -Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional, responsable, por la falla presunta en el servicio, por los perjuicios morales y materiales causados a GRACIELA SAIZ LUGO, FLORENTINO LEDESMA, Y ALEXANDER LEDESMA SAIZ, como consecuencia de la muerte de su hijo y hermano ALDEMAR LEDESMA SAIZ.

" *SEGUNDO.*- Como consecuencia de la declaración anterior, condénase a la Nación Colombiana - Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional, a pagar a GRACIELA SAIZ LUGO y FLORENTINO LEDESMA, por concepto de perjuicios morales subjetivos, la suma equivalente en pesos colombianos al valor de un mil (1.000) gramos oro, para cada uno de ellos, y ALEXANDER LEDESMA SAIZ, por concepto de perjuicios morales subjetivos, la suma equivalente en pesos colombianos al valor de quinientos (500) gramos oro, conforme al valor que para el gramo de oro certifique el Banco de la República para la fecha de la ejecutoria de esta providencia.

" *TERCERO.* Como consecuencia de la declaración anterior, condénase a la Nación Colombiana - Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional - a pagar a GRACIELA SAIZ LUGO, la suma de CINCO MILLONES OCHOCIENTOS DOCE MIL PESOS CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS M/Cte. ($5.812.488.), por concepto de perjuicios materiales y FLORENTINO LEDESMA, la suma de CINCO MILLONES SETECIENTOS DIEZ MIL CIENTO NUEVE PESOS ($ 5.710.109.oo) M/ Cte, por concepto de perjuicios materiales, conforme a la liquidación que precede.

" *CUARTO.* Las sumas que se causen como consecuencia de esta sentencia devengarán intereses comerciales corrientes durante los seis meses siguientes a la ejecutoria de la misma y moratorios después de este término, tal como lo dispone el artículo 177 del C.C.A.

" *QUINTO.* Niégase las demás peticiones de las demanda. "

En la demanda, presentada el 27 de febrero de 1990, se narrarón, en síntesis, los siguientes hechos :

1) Que el señor Aldemar Ledesma Saiz fué muerto por el agente de policía Luis Eduardo Rincón Villegas, el 17 de julio de 1988, a eso de las 6: a.m., cuando cuidaba una caseta de mercancías cerca a la " Casa del Viajero " (#7-17 de Chaparral).

2) Que al momento de los hechos el citado señor estaba en compañia de Héctor Miguel Piernagorda, quien también resultó herido. Que tanto el uno como el otro nada tuvieron que ver con el operativo que adelantaba ese agente en ese momento.

3) Que el disparo fué hecho en forma irresponsable y ligera con el arma de dotación y cuando el agente conducía a otra persona detenida que trató de huír.

4) Que la testigo presencial Norma Constanza Calderón vió cuando la vainilla del proyectil cayó al suelo, luego del disparo fatal y la recogió para entregársela a las autoridades.

5) Que conducidos los heridos al hospital de Chaparral, el señor Ledesma murió ese mismo día.

6) Que el agente homicida fué investigado penalmente por el juzgado 29 de instrucción penal militar y juzgado por el Departamento de Policía Tolima.

7) Que el señor Aldemar Ledesma S. era hijo de Graciela Saiz Lugo y de Florentino Ledesma y hermano de Martha Cecilia y Alexander Ledesma S. con quienes mantenía magníficas relaciones de parentesco, buen trato y colaboración.

8) Que el señor Aldemar Ledesma vivía con sus padres y hermanos y tenía unos ingresos mensuales por venta de mercancía fluctuosamente entre $ 60.000.oo y $100.000.oo.

9) Que toda la familia dependía de lo que ganaba Aldemar, porque su padre, de salud precaria, le ayudaba en las ventas, su madre estaba dedicada a los oficios domésticos y sus hermanos no laboraban a la sazón.

El tribunal, luego del trámite de la instancia, decidió en la forma indicada atrás. De ese fallo se destaca :

> " Para la sala existe convicción de que hubo falla en la prestación del servico dado que encontrándose frente al régimen de falla presunta no se demostró (ni siquiera se pretendió hacerlo) la existencia de alguna causa extraña que, como eximente de responsabilidad determinara la extinción de la misma.

" Existió entonces, o por lo menos se presume la existencia de la falla en la prestación del servicio por parte de la Nación Colombiana, como primer elemento integrador de la responsabilidad de los organismos Estatales ante los asociados.

" El daño se evidencia por sí mismo. La muerte de un hijo y hermano por otra origina para quienes la soportaron perjuicios de orden moral y material, objeto de resarcimiento por quien los causó, en tanto sean debidamente demostrados dentro del plenario.

" El nexo causal entre la falla del servicio y el daño causado también se hace notorio. Sin la falla presunta del servicio, es decir, sin el uso de arma de fuego, no se hubiera producido la muerte y las lesiones personales y sin ella no existiría el daño, no existiendo duda al respecto.

" Sobre el régimen de la falla del servicio presunta, es preciso tener presente a la orientación jurisprudencial plasmada por el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en las providencias del 17 de julio de 1990 y 31 de julio de 1989, con ponencia del doctor GUSTAVO DE GREIFF RESTREPO Y ANTONIO JOSE IRISARRI, respectivamente, según la cual, en estos casos, el fallador puede determimar el régimen jurídico de responsabilidad aplicable, quedando relevado de estudiar si el disparo que recibió la víctima obedeció a una falla del servicio al accionarse el arma por parte del agente sin concurrir causal de justificación alguna, o por un acto de imprudencia, porque ".... el arma de dotación oficial, por su peligrosidad, al ser nexo instrumental en la causación de un perjuicio, compromete de por sí la responsabilidad del ente público a quien el arma pertenece, sin necesidad de que se pruebe la falla del servicio, que por demás bien puede existir..." (Consejo de Estado Sección Tercera, Julio 31 de 1989) y de acuerdo con este criterio, cuando se demuestra que el arma con la cual se causó el perjuicio era de dotación oficial " se presume que el perjuicio se debió a una falla en la prestación del servicio."

" En estos casos le basta al actor probar solamente el perjuicio, el cual debe provenir de la utilización del arma de dotación oficial, con el cual se acredita el nexo de causalidad, y de acuerdo a la prueba testimonial que obra en la investigación penal, que se adelantó contra el acusado permite establecer que la carabina se le disparó al agente de la policía nacional cuando forcejaba con un tercero en cumplimiento de su deber, y éste disparo ocasionó la muerte de ALDEMAR LEDESMA SAIZ y Lesiones Personales a HECTOR MIGUEL PIERNA GORDA, ocasionándole graves perjuicios, cuya indemnización impetra, arma de dotación oficial determinante del perjuicio y que permite presumir la falla del servicio, sin que se le pueda exonerar de responsabilidad a la Administración, porque para esto, debe demostrarse que el perjuicio no puede imputársele a una falta suya, porque actuó con prudencia, o que hubo culpa de la víctima, o que ocurrió la fuerza mayor, la cual no se demostró en el presente caso, porque la Administración se limita a alegar como causal

eximente de responsabilidad que disciplinariamente fué exonerado y que actuó dentro de los cánones del buen servicio, lo cual no es admisible, porque en estos eventos se presume por falla de servicio, la que no fué desvirtuada por la Administración.

" Es incuestionable que el prejuicio se ocasionó con arma de dotación oficial, como lo admite el mismo Agente de la Policía EDUARDO VILLEGAS, tanto en su diligencia de indagatoria que rindió ante el Juzgado Veintinueve de Instrucción Penal Militar como también al hacer sus descargos en el correspondiente proceso disciplinario, y en estas versiones es uniforme y preciso al manifestar que la carabina se disparó cuando trataban de arrebatármela las personas que ellos pretendían conducir, aclarando que el arma solo cayó al suelo despues de haberse producido el disparo, y durante la rendición de sus explicaciones agrega el mismo agente de la policía, que antes de salir a primer turno el Comandante de la Estación : "... dio consigna de no cargar las armas, dejándola desasegurada pero no cargada, inclusive nos pasó revista sobre este aspecto y todos nosotros teníamos el armamento sin tiro en la recámara ... " (Cuaderno Nº 2, folio 93) sin explicarse como se disparó, coincidiendo con las instrucciones del Comandante , quien les advirtió que no debían portar el armamento cargado (cuaderno citado fol. 60) . El mismo particular a quien el agente de la policía trataba de aprehender, relata que es cierto que él cogió la carabina del cañón solamente , y que aquel pensó que se la iba a arrebatar cuando sonó el disparo (cuaderno citado folio 67).

Las partes se conformaron, razón por la cual el asunto vino a esta corporación en grado de consulta, grado éste que no permite, al revisar la decisión del *a-quo*, en ningún caso hacer mas gravosa la condena para la entidad pública, aunque si puede llegar a permitir que se declare que la obligación no existió o que esta fué menor.

Tramitada la segunda instancia, es oportuno decidir, Para ello se considera :

Solo intervino ante esta sala, la entidad demandada.

Así en su escrito que obra a folios 104 y siguientes del cuaderno principal alega a) Que no se presentó la falla del servicio sino el hecho de tercero, porque el disparo oficial se produjo cuando otros sujetos trataban de desarmar al agente Eduardo Rincón Villegas. b) Que el mencionado agente fue absuelto de toda culpa por la justicia penal, la cual concluye que fueron otros los que la manipularon c) Que la posición del *a-quo* implica no solo la inversión de la prueba, sino la exigencia de la prueba imposible.

Ni la parte demandante ni el Ministerio Público conceptuaron en esta segunda instancia. Para la Sala la sentencia será confirmada.

El análisis del tribunal, cuyos apartes se dejaron transcritos, se considera no sólo acertado sino ajustado a la realidad que muestran los autos.

Se probó adecuadamente y ni siquiera el hecho se pone en duda, que el disparo fatal salió de la carabina de dotación oficial que portaba el agente Eduardo Rincón Villegas. Asimismo se demostró que el señor Aldemar Ledesma fué ajeno a la diligencia que el agente cumplia en esos momentos y durante la cual trataron otros sujetos de desarmarlo. También se probó que pese a las advertencias del comandante de policía del lugar de que no portara al armamento cargado, esa carabina tenía un proyectil en la recámara.

Estima la sala que estuvo acertado el *a-quo* cuando aplicó la tesis de la falla y cuando concluyó que la entidad demandada no había probado ninguna de las causales de exculpación propias de dicha falla, o sea la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho también exclusivo de un tercero. Causales éstas que, según la doctrina y la jurisprudencia reiterada de la sala, no comprenden el caso fortuito.

Es importante relievar del estudio del tribunal, para no aceptar la exculpación por el hecho de un tercero (la persona que trató de desarmar al agente), que se dió una circunstancia que no admite la operancia de dicho fenómeno y que muestra que mas una falla presunta se dió una falla del servicio probada. Circunstancia puesta en evidencia con la misma declaración del agente y que muestra que incumplió las órdenes dadas por su comandante de no portar el arma con proyectil en la recámara o cargado.

Sobra concluír que se hubiera cumplido la instrucción de servicios impartida, la tragedia no se habría producido. La declaración del agente obra a folios 92 y siguientes del C#2 y aparece sintetizada en la transcripción que se hizo atrás de uno de los apartes del fallo.

La sala, para una mejor compresión del asunto, transcribe de esa declaración la parte pertinente que relieva el incumplimiento del agente y compromete, por falla del servicio, la responsabilidad de la entidad demandada. Se lee en esa declaración:

> " PREGUNTADO : Sirvase decirnos qué consignas recibió Ud. antes de salir al servicio sobre el porte y cuidado con el armamento, asimismo indique qué superior le pasó revista al armamento antes de salir al servicio ? CONTESTO Antes de salir a primer turno mi Sargento MONTOYA Comandante de la Estación formó al personal y dió instrucción sobre el cuidado con las armas, dió consigna de no cargar las armas, dejándola desasegurada pero no cargada, inclusive nos pasó revista sobre ese aspecto y todos nosotros teníamos el armamento sin tiro, en la recámara, que esta versión la puede atestiguar inclusive mi Sargento. PREGUNTADO : Explique cual fué el motivo para dispararse la carabina y quien pudo haber accionado los mecanismos del disparador ? CONTESTO : Yo no me explicó cómo se disparó la carabina, si no estaba cargada, lo cierto fué que en el forcejeo se disparó. PREGUNTADO Diganos si Ud. hizo ademanes para disparar la carabina o alguno de los tres tipos en el forcejeo la pudo haber cargado y disparado ? CONTESTO : Realmente yo no hice ademanes, pues todo fué en cuestión de segundos y no

sé realmente como salió el disparo, pues yo lo único que hacía era tratar de que soltaran la carabina y no dejarme despojar de ella. "

El hecho de que el agente haya sido exonerado disciplinariamente no hace desaparecer la falla del servicio. Como tampoco hace desaparecer la absolución que dentro del proceso penal recibió el agente Rincón Villegas.

Ha dicho la jurisprudencia en forma reiterada que así como se puede absolver a la entidad dentro del proceso de responsabilidad patrimonial por falla del servicio configurada por la conducta dolosa o culposa de un agente público determinado que resulte condenado penalmente, se le puede condenar por la justicia administrativa aunque resulte absuelto el agente dentro del proceso penal.

Lo anterior porque en tales eventos no opera la prejudicialidad penal, ya que la conducta personal del agente se juzga con sujeción a la normatividad penal y la falla del servicio de la entidad desde la perspectiva de las normas que regulan la responsabilidad de tales entes.

A este respecto es bastante ilustrativa la sentencia de 28 de junio de 1991 (Proceso 6249 Actor : Ricardo Serna R.) de esta misma sala, en la cual se hizo el estudio del alcance de los fallos penales en los asuntos de responsabilidad patrimonial del Estado.

Por lo narrado, se concluye que no le asiste la razón a la entidad pública cuando alega el caso fortuito y la absolución del agente policial.

Los perjuicios.

Tal como se indicó atrás, el *a-quo* impuso condena tanto por perjuicios morales como materiales. Frente a los primeros no existe objeción alguna. La condena se ajustó en un todo a la orientación jurisprudencial y se estima justa. Estuvo acertado el tribunal al no condenar a favor de la señora Martha Cecilia Ledesma, hermana de la víctima, porque no se probaron las circunstancias que ameritan esa conducta. Y además, aunque con cierta amplitud habría podido hacerse su reconocimiento, nada podrá resolverse en esta oportunidad porque las partes se conformaron con el fallo de instancia y porque su reconocimiento haría mas gravosa la condena.

Frente a los perjuicios materiales, la sentencia deberá también confirmarse, pese a los defectos que presenta la demanda en su formulación, en especial en lo que toca con la estimación razonada de la cuantía de estos perjuicios.

Se hace esta salvedad porque el tribunal debió ordenar su corrección antes de la admisión de la demanda, mediante un decreto de saneamiento, tal como lo ordena el artículo 143 del c. de c.a. Pero no lo hizo, no sería justo que ahora se le hiciera producir a esa omisión el efecto de una ineptitud. Estudiando el punto la sala estima

que la condena impuesta está ajustada a la realidad probatoria y que deberá mantenerse igualmente.

Para evitar equívocos futuros la sala, a modo de pedagogía judicial, explica el alcance en las demandas que se ventilan ante esta jurisdicción tiene el requisito de la estimación razonada de la cuantía.

El código administrativo vigente desde el 1° de marzo de 1984 señala como requisito de la demanda en el numeral 6 de su artículo 137 " la estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesaria para determinar la competencia.

Como es obvio, este mandato no puede tomarse aisladamente, de allí que deba armonizarse, en primer término, con los artículos 128, 129, 131, 132 y 133 del c.c.a. ; en segundo , con el 138 del mismo código (24 del decreto 2304); y en tercero, con el artículo 20, numerales 1 y 2 del c. de p.c.

La armonización con los citados en primer término es obvia. En esas normas se indica con toda precisión en qué eventos juega el factor cuantía para la determinación de la competencia.

La armonización con el artículo 138 es también evidente.

" Cuando se pretendan las declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto-reza su segundo inciso- deberán enumerarse clara y separadamente en la demanda. "

Vale decir, que cuando se pretende, por ejemplo, una indemnización de perjuicios, la formulación de dicha pretensión no es correcta ni suficiente cuando se limita a expresar " que se condene al pago de los perjuicios materiales que resulten probatorios dentro del proceso. " No se debe hacer no sólo el estimativo del valor de lo así pretendido, porque sobre ese valor girará parte de la controversia desde el punto de vista probatorio, sino que deberá indicarse éste, por razones de congruencia, ya que el juzgador no podrá conceder mas de lo pedido, sin incurrir en *ultra petita.*

En tercer lugar, la exigencia del numeral 6 del citado artículo 137, se debe armonizar con los numerales 1 y 2 del artículo 20 del c. de p.c. (decreto 2282 de 1989), que son explícitos en indicar cómo se determina la cuantía; norma que es aplicable al proceso administrativo y que juega un papel preponderante en la aplicación del factor cuantía en los procesos de reparación directa y contractuales, porque, aunque precisa que esa fijación se hará con referencia a la fecha de la presentación de la demanda (el estimativo hasta allí hecho definirá las competencias por el factor funcional), no excluye que en la pretensión final se incluyan los frutos, *los intereses,* las multas o *los perjuicios* reclamados como los accesorios, *que se causen con posterioridad a la presentación de aquella.* (Subraya de la Sala).

En otros términos, la ley procesal quiere que en la demanda se haga el estimativo de lo que la pretensión valga hasta su presentación, pero en ninguna forma está excluyendo la estimación de los incrementos que el valor inicial tenga por intereses, perjuicios u otra causa diferente.

Lo que si no tiene presentación es lo que se hace en la práctica, o sea que el demandante se reduce a afirmar que lo pretendido es superior o inferior a la suma señalada en la ley para la fijación de las instancias.

Es errónea esta conducta. Si alguien pretende una indemnización de 100 millones de pesos, por ejemplo, una acción de reparación directa, debe explicar porqué estima precisamente ese valor y no limitarse en ese mismo evento, sin otra referencia, a afirmar que la cuantía es mayor de $3'500.000.oo según la previsión del decreto 597 de 1988, artículo 2°

Y es todavía más inepta la demanda en cuanto a la pretensión, cuando el demandante no hace ningún estimativo del valor de los perjuicios materiales, sino que se limita a decir que tales perjuicios serán los que se prueben dentro del proceso. Cuáles ? Cuánto? Sin esas presiciones, cómo se maneja la congruencia ? Sin esas precisiones , cuáles podrán ser las pautas para una condena en abstracto ?

En conclusión :

La cuantía, para que tenga validez procesal y por ende, produzca sus consecuencias no sólo frente a la competencia funcional y a la congruencia, sino frente a las resultas del proceso, *tiene que ser siempre determinada o determinable*; entendiendo por esta última cuando en la demanda se indican los factores apropiados para su cuantificación final.

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,

F A L L A :

Confírmase en su integridad la sentencia dictada por el tribunal administrativo del Tolima el día 7 de octubre de 1991.

Expídanse las copias para su debido cumplimiento.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

Esta providencia fué aprobada por la sala en su sesión de fecha 18 de junio de 1992.

Daniel Suárez Hernández, Presidente Sala; *Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández, Julio Cesar Uribe Acosta.*
Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

CONTRATO DE TRACTO SUCESIVO

Dado el carácter retroactivo (al menos inter partes) de la resolución judicial, la doctrina ha dicho que, para los contratos de ejecución continuada lo correcto es hablar de la terminación del contrato. En el *sub lite,* al momento de plantear la demanda el contrato se ha extinguido, ha dejado de existir, y , por lo tanto, está fuera de lugar la solicitud para que el juez lo declare terminado o resuelto.

CONTRATO ADMINISTRATIVO -Terminación

La terminación del contrato , si bien, fue inicialmente la expresión de la voluntad unilateral del Sena, con posterioridad fue negociado y consentida por la demandante, razón por la cual queda excluído el incumplimiento y no pueden prosperar las indemnizaciones que, con fundamento en el mismo, se demandan. A los indicios del proceso, hay que agregar la participación de la demandante, en calidad de proponente en la licitación que abrió el Sena con el objeto de adjudicar de nuevo el contrato, indicio que de ser único, unido al universo probatorio permite deducir con claridad que entre las partes comprometidas en el contrato se produjo un acuerdo para terminarlo antes del vencimiento del período prórroga.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C. , junio veinticinco (25) de mil novecientos noventa y dos (1992)

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

Referencia : Expediente N° 3447. Actor : Amada Helena Avendaño Galvis.

Una vez reconstruído el expediente que se destruyó en los hechos luctuosos de noviembre de 1985, cuando se surtía la etapa probatoría, se procede a dictar la sentencia final en el proceso que instauró AMADA HELENA AVENDAÑO GALVIS en contra del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA-.

ANTECEDENTES PROCESALES

1. El 3 de noviembre de 1981, asistida de apoderado judicial constituido con arreglo a la ley, AMADA HELENA AVENDAÑO GALVIS presentó demanda en contra del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-, entidad frente a la cual formuló las pretensiones siguientes :

" *Primero* : Que el SERVICIO NACIONAL DE APREDIZAJE -SENA- no ha dado cumplimiento a las obligaciones contraídas con su cocontratante AMADA HELENA AVENDAÑO GALVIS, al considerar finalizado el 2 de julio de 1981 el contrato de suministro N° 690 de 1977, antes del vencimiento de la prórroga automática pactada y que se extendía hasta el 1° de Enero de 1982.

" *Segundo* : Que, por su parte, la cocontratante AMADA HELENA AVENDAÑO GALVIS sí ha cumplido, a cabalidad y a entera satisfacción, la totalidad de los deberes que dicho contrato le imponía.

" *Tercero* : Que en armonía y como consecuencia de las declaraciones anteriores, se destaca la resolución del contrato de suministro número 690 del 20 de Mayo de 1977 suscrito entre el SERVICIO NACIONAL DE APREDIZAJE -SENA- y la señora AMADA HELENA AVENDAÑO GALVIS, para el suministro de alimentación en el Centro Agropecuario del Cesar, con indemnización de perjuicios por el incumplimiento del SERVICIO NACIONAL DE APREDIZAJE -SENA- .

" *Cuarto* : Que se condene al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA- al pago, a favor de la señora AMADA HELENA AVENDAÑO GALVIS, de la indemnización por los perjuicios que resulten demostrados y comprobados en el proceso, derivados del incumplimiento a lo pactado.

"*Quinto* : PETICION SUBSIDIARIA. En el evento de que por razones de técnica jurídica procesal así fuere necesario y lo estime esta Honorable Corporación, pide se sirvan declarar la nulidad de la comunicación contenida en el oficio N° 11466 de fecha 2 de abril de 1981 por medio de la cual la Gerente Regional del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE, Regional de Valledupar, comunicó a la cocontratante AMADA HELENA AVENDAÑO GALVIS la finalización del contrato de suministro, causa de esta acción.

" *Sexto* : Que por el tiempo que estuvo en ejecución el contrato, anterior a la resolución que se decrete del mismo, la cocontratante AMADA HELENA

AVENDAÑO GALVIS tiene derecho al reajuste del precio de las raciones alimenticias contratadas, conforme a la liquidación que se haga en los términos de la cláusula décima séptima del respectivo contrato.

" *Séptimo :* Que se ordene dar cumplimiento a la sentencia dentro del término consagrado en el artículo 121 del C.C.A. ". (fls. 3 y 4 C.L.).

2. Los hechos constitutivos de la causa petendi son narrados por la demandante bajo este texto:

" 1. - Previas las formalidades legales y la licitación pública correspondiente, el día 20 de mayo de 1977 entre el SERVICIO NACIONAL DE APREDIZAJE -SENA- , representado por el Director General del mismo y la señora AMADA HELENA AVENDAÑO GALVIS, se suscribió un contrato de alimentación para los trabajadores, alumnos y empleados del Centro Agropecuario del Cesar.

" 2.- El término inicial pactado para la duración del contrato fue de SIETE (7) MESES, contados del dos (2) de junio de mil novecientos setenta y siete (1977). Es decir, la vigencia inicial del contrato se extendía solamente hasta el día primero (1°) de Enero de mil novecientos setenta y ocho (1978) a la medianoche.

" No obstante, en la cláusula segunda del contrato, reguladora de la duración del mismo, se pactó expresa y textualmente que '. . . su vigencia podrá PRORROGARSE AUTOMATICAMENTE, por PERIODOS ANUALES, si las partes no manifiestan intención en contrario dentro de los sesenta (60) días anteriores a su expiración ". (relievo).

" 3.- Por ello, en virtud de esta prórroga automáticamente pactada, llegado el 2 de Enero de 1978 sin que dentro de los sesenta (60) días anteriores se hubiese manifestado por alguna de las partes la intención de darlo por terminado, el contrato se prorrogó 'automáticamente ' y por un período anual . Y así sucedió, consecutivamente, por idénticas razones, el 2 de Enero de 1979 y el 2 de Enero de 1980 y el 2 de Enero de 1981.

" Vale decir, que el 2 de Enero próximo pasado se verificó una nueva prórroga, que solo vence el día 1° de enero de 1982.

" 4.- Se pactó como valor inicial de contrato, o sea por el período también inicial de siete (7) meses, la cantidad de Un Millón cuatrocientos ochenta mil quinientos pesos ($1'480.500.oo) en que razonablemente se estimaba el precio de las raciones alimenticias que se iban a suministrar durante ese período , a razón de doce ($12.oo) pesos cada desayuno y de dieciocho (18.oo) pesos cada almuerzo y cada comida.

" 5.- En el mismo convenio, Cláusula Décimo Séptima, se previó una modalidad de reajuste de las raciones alimenticias, de tal manera que '. . . anualmente SE REAJUSTARAN los precios del contrato en la siguiente forma : se tomará como índice de variación de los principales insumos necesarios para el cumplimiento del contrato como son : arroz, papa, sal, azúcar, aceite, huevos, leche, pan, a los precios oficiales del IDEMA en la localidad de Valledupar y éste índice se promediará con el incremento del costo de vida para empleados en el Departamento del Cesar y el índice resultante se aplicará al valor presente del contrato. . . . ".(relievo)

" 6.- Además se convino en que el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA- suministraría (sic) a la cocontratante AMADA HELENA AVENDAÑO GALVIS:

" Las instalaciones y equipos necesarios para la cocción, almacenamiento y conservación de los alimentos (Cláusula-sexta);

" - El alojamiento necesario para el personal de trabajadores de la Cafetería o casino (cláusula vigésima segunda);

" - La energía eléctrica y el agua (cláusula vigésima) ; y

" - El mantenimiento del local, instalaciones y equipos entregados por el SENA para la cafetería (cláusula séptima).

" 7. La cocontratante AMADA HELENA AVENDAÑO GALVIS se obligó a suministrar raciones de desayuno , almuerzo y comida, en calidad, cantidad y menú que constaban en la propuesta presentada con ocasión de la licitación;' a cuidar solicitamente de las instalaciones y equipos recibidos para el fin inidicado en el contrato y restituirlos al cesar la prestación del servicio; a proveer del personal necesario para el correcto funcionamiento de los servicios; a otorgar garantías de cumplimiento, de conservación de los elementos recibidos del SENA y de pago de salarios y prestaciones sociales del personal a su cargo; a transportar los víveres y elementos necesarios para la prestación del servicio; al suministro del combustible; y al mantenimiento del aseo, buen uso y conservación de las instalaciones.

" 8.- En el contrato se estipularon las cláusulas de sujeción del contratista al CONTROL ADMINISTRATIVO Y FISCAL por el SENA la Auditoria Fiscal Delegada sobre la prestación del servicio, calidad y cantidad de las raciones, su costo unitario, etc; (Cláusula Décima Segunda); de CADUCIDAD (Cláusula Décima Cuarta); de NO CESION del contrato (Cláusula Décima quinta); de GARANTIAS (Cláusula décima sexta); de MULTAS Y PENAL PECUNIARIA (Cláusula décima octava y décima novena) y de DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL (Cláusula vigésima tercera), que le confieren el carácter de contrato administrativo, a pesar de que en la cláusula

vigésima cuarta se dispone que el contrato '... se regirá por las disposiciones del Código Civil dada su naturaleza, teniendo en cuenta que el Constratista obrará como Contratista independiente '.

"9.- AMADA HELENA GALVIS cumplió, absolutamente, de su parte, lo pactado y ha estado dispuesta al total cumplimiento del contrato, en forma que le fue expresamente reconocida por el señor Jefe de Departamento Administrativo de la Regional de Valledupar, del SENA.

"10.- Por su parte, el SENA no solo incumplió algunas de sus obligaciones contractuales, sino que finalmente y contraviniendo los términos del pactado , comunicó a la contratista la finalización del contrato antes del vencimiento de la última prórroga, como se relacionará a continuación .

"11.- EL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA- no dió cumplimiento a las cláusulas sexta y vigésima segunda del contrato de suministro, al no proveer a la contratista de cuarto frío ni despensa para la conservación de los alimentos y al no procurar el alojamiento para el personal de servicio en la cafetería.

" Pero ahora cuando hay un nuevo contratista, como se reseñará más adelante, se ha aprestado para suministrar tales dotaciones.

" 12.- En virtud de la cláusula de Reajuste, con fecha 24 de enero de 1980 y correspondiente a la prórroga automática que comenzó el 2 de enero de 1980, se produjo la Modificación Número Uno, para señalar un mayor valor a las raciones, así : desayuno. treinta pesos ($30.oo); almuerzo y comida, cuarenta pesos ($40.oo).

" Este reajuste hecho en enero de 1980, indica que para los años de 1978 y 1979, no se realizaron los reajustes anuales previstos en la cláusula Décima Séptima.

" Lo que interesa a los fines de esta demanda es, sin embargo , que para este año, 1981, pese a haberse producido durante el año anterior notorios y altos incrementos en los insumos y en el costo de vida, a la Contratista se le negó el reajuste a que legítimamente tenía derecho, como consta en el oficio N° 112 del 13 de Febrero de 1981 suscrito por la Gerente Regional del SENA.

" 13.- Mediante oficio N° 11466 del 2 de abril de 1981 la señora LUISA BAUTE DE APONTE , Gerente Regional del SENA en Valledupar comunicó a la contratista AMADA HELENA AVENDAÑO GALVIS en el contrato suscrito con el SENA en lo relacionado a suministro de alimentos a los trabajadores alumnos '... finaliza el próximo dos (2) de junio de 1981, por tal motivo hemos abierto inscripciones para llevar a cabo una nueva licitación.

" Posteriormente, se pidió a la Contratista que prolongara la prestación de sus servicios hasta el dos (2) de julio de 1981, como aparece del oficio N° 11693 del 29 de mayo de 1981; y con fecha 4 de julio se le recibió efectivamente el Casino.

" 14.- El no reajuste del precio de las raciones, como está pactado, y la finalización del contrato, antes de tiempo, que constituye ruptura unilateral del mismo, son causa de perjuicios a la señora AMADA HELENA AVENDAÑO GALVIS, daños estos que se comprobarán durante el proceso.

" 15. - Para agraviar más a la Constratista se abrió una nueva licitación para la constratación del suministro de la alimentación .
En esta licitación la señora AMADA HELENA AVENDAÑO GALVIS fue vencida y el contrato fue adjudicado en condiciones que no consultaban el mejor servicio, pues se sabe que el beneficiario y ahora contratista, señor LUIS ORTIZ QUIROZ no es comerciante radicado con antelación en Valledupar y carecía de cuentas bancarias, que eran requisitos para la participación; y que los precios con él acordados son muy superiores a los que se venía pagando a la señora AMADA HELENA AVENDAÑO GALVIS. " (fls. 4 a 9 C.1).

3. El SENA objetó la solicitud de reconstrucción en cuanto el abogado no había recibido poder para tales diligencias; en los demás no se hizo reparos.

4. En su alegato de conclusión la parte estima que la esencia del litigio consiste en determinar el período de vigencia del contrato, según ella, el término de 7 meses, pactado en la cláusula segunda, venció a la medianoche del 1° de enero de 1978; de allí en adelante se prorrogó automáticamente, por períodos anuales ,el último de los cuales comenzó el dos (2) de enero de 1981 y debía terminar el 1° de enero de 1982, en razón a que el SENA no había comunicado su voluntad de terminarlo con la antelación acordada (60 días); explica que el incumplimiento contractual del SENA consistió, de una parte, en haber impedido la ejecución del contrato a partir del 4 de julio de 1981, es decir, 6 meses de la expiración de la prórroga y, de otra, en no haber aceptado el reajuste de precios que se solicitó para el año de 1981; las dos conductas que, según la demandante, son fruto de la culpa del SENA le causaron perjuicios materiales cuya demostración la entiende surtida en los testimonios de ALEJANDRO PALACIOS ESCORCIA, GULLERMO HENAO MAYA, ELIECER MANDON URIBE y LUIS ANIBAL CARDENAS.

5. La Doctora, EDNE COHEN DAZA, Fiscal Segundo de la Corporación estima que se deben denegar las peticiones planteadas; sus argumentos son éstos:

" En el presente caso el contrato que es objeto de estudio, es por excelencia uno de aquellos que la doctrina califica de tracto sucesivo por tratarse precisamente del suministro periódico de la alimentación (desayuno, almuerzo y comida) para los trabajadores, alumnos y empleados del Centro Agropecuario del Cesar).

" En la demanda se solicita la aplicación del art. 1.546 del C.C. para que se declare la resolución del contrato con la consecuente indemnización de perjuicios. Es claro pues que la actora ejerció como acción principal la de resolución del contrato.; y es sabido, que la resolución de un contrato extingue retroactivamente desde su nacimiento todas las obligaciones que han nacido de él.

" La doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia así lo ha venido enseñando. Sobre este tema, ha dicho la Corporación antes mencionada: Por la terminación (o cesación) judicial pierde el contrato su fuerza para lo futuro, mas quedan en pie los efectos hasta entonces surtidos. Existió desde que fue concertado hasta que tuvo fin, y mientras existió nacieron de él obligaciones y derechos que se respetan. He aquí el sentido de la terminación, aplicable de preferencia a los contratos llamados de tracto sucesivo, ejecutorios por oposición a ejecutados, cuyo cumplimiento se hace en prestaciones periódicas o paulatinas. No así la resolución judicial. Por esta el contrato cesa para lo futuro; se extingue retroactivamente desde su nacimiento; y -como anotaba el magistrado LUIS EDUARDO VILLEGAS, siguiendo a ROGRON, MOURLON, LAURENT y BAUDRY-LACANTINERIE- se borra; ' se desatan todos los derechos y obligaciones que del contrato emanaron ; se vuelven las cosas al estado en que se hallaban antes de celebrarse ; se tiene la convención por no celebrada. . . La resolución obra doblemente sobre el contrato: para lo futuro , quitándole su fuerza; para lo pasado, deshaciendo sus efectos. La cesación únicamente produce el primer resultado'. No hay de que un contrato resuelto queda retroactivamente anonadado. Nación válido (sic). Pero el imcumplimiento de una parte, alegado y comprobado por la que demuestra su incumplimiento, obliga al juez a eliminarlo. Autores modernos, RIPERT y JOSSERAND, sostiene: el primero, en desarrollo de su teoría sobre la justicia contractual, que el contrato fracasa; el segundo, en desarrollo de la suya sobre equilibrio contractual, que el contrato se desfonda y se vuelve tabla rasa ' (Cas. , 26 de noviembre 1935, XLIII, 391; 26 abril 1955, LXXX, 55) . NOTA.- En el mismo sentido, Cas. 29 septiembre 1944, LXXII, 604; sent. , S de N.G. , 4 de junio de 1952, LXXII, 713 '.

" Por otra parte se anota, que estando terminado el contrato ya fuera por expiración del término, como lo entendió la administración, o de manera ilegal - como lo afirma la parte Actora-, lo cierto es que resulta inapropiado solicitar que se resuelva un contrato que ya está terminado.

" De lo anteriormente expuesto se concluye, que en el presente caso las pretensiones del actor no pueden prosperar.

" En la hipótesis que la Sala decida interpretar la demanda, entendiendo que el actor planteó de manera equivocada la misma y resuelve estudiar la conducta del ente demandado y analizar el incumplimiento contractual, esta Fiscalía se permite observar lo siguiente :

" En la demanda se hace consistir el incumplimiento de la administración en lo siguiente :

" a) Violación del término contractual.

" b) Falta de suministro de algunos elementos.

" c) Falta de reajuste del precio.

" En relación con la violación del término contractual llama la atención la actitud de la contratista ante la interpretación del término del contrato que hizo la administración. La contratista convino y aceptó la terminación del contrato y gustosa participó en la nueva licitación con el próposito de celebrar un nuevo contrato de suministro . Tan solo cuando no resultó beneficiada con la adjudicación, su proceder cambió, resolviendo demandar.

" En relación con la falta de suministro de algunos elementos por parte del SENA, se observa que durante todo el tiempo que duró la relación contractual, la contratista no manifestó su inconformidad, ni reclamó de la administración el suministro de un cuarto frio, que al parecer fué el elemento que no entregó el SENA, y al que alude la demanda. Con la declaración visible al folio 190 se pudo aclarar, que las partes convinieron en sustituir el mencionado cuarto frio por un congelador o refrigerador, lo que al parecer fué suficiente pues durante el tiempo que duró el contrato la contratista no volvió a referirse a ese tema, lo que indica que la solución convenida fué satisfactoria y el refrigerador fué suficiente para conservar los alimentos que requería el servicio. Sorprende pues que una vez terminado el contrato y únicamente en la demanda alegue ese hecho como incumplimiento, pretendiendo la indemnización de unos perjuicios que no se causaron.

" En cuanto a la falta de reajuste del precio pactado en el contrato, no hay constancia en el expediente sobre la solicitud que sobre el mismo haya presentado la contratista, por tanto no se puede hablar de incumplimiento . En tratándose de un reajuste que obviamente favorecía a la Actora, la gestión tendiente a que ese reajuste de precio se efectuara, ha debido provenir de su parte, lo que al parecer no realizó.

" En todo caso, en el expediente no aparece prueba de que la administración se haya negado a dar cumplimiento a la cláusula 17 sobre reajuste.

" Lo que sí debe destacarse, es la modificación contractual número uno, visible a folio 64 suscrita por las partes, en donde se convinio un valor adicional del precio, por cierto que bastante considerable. Aunque en esa oportunidad no se hizo ninguna aclaración, se podría pensar, que esa adicción al valor, pactado en el contrato inicial, equivalía o correspondía a los reajustes que no se hicieron. En todo caso el monto de lo consignado en la adición

compensa los reajustes que no se hicieron. Lo anterior impide un reconocimiento por ese concepto, como lo pretende la Actora.

"Por lo expuesto, se tiene que tampoco habría lugar a declarar el incumplimiento de la administración ni al reconocimiento y pago de perjuicios solicitados en la demanda" (fls. 313 a 316 C.L).

LA SALA CONSIDERA

A. Ciertamente la proposición de las pretensiones de la demanda no es la más técnica; en efecto, si bien existe la posibilidad de que el demandante solicite la resolución del contrato que ha celebrado con la Administración y que ésta ha incumplido, sobre todo con la redacción que introdujo en el C.C.A. el artículo 17 del Decreto Extraordinario N°2304 de 1989, la cual permite pedir que "... se hagan otras declaraciones condenaciones ", es cierto que en este caso dicha petición resulta inapropiada.

En efecto, dado el carácter retroactivo (al menos interpartes) de la resolución judicial, la doctrina ha dicho que, para los contratos de ejecución continuada lo correcto es hablar de la terminación del contrato; así por ejemplo los profesores Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga enseñan que "En los contratos de tracto sucesivo, la resolución toma el nombre de terminación. Contratos de tracto sucesivos son aquellos que imponen a las partes prestacionales sucesivas y repetidas, y que no se puede cumplir sino mediante el transcurso del tiempo; *dichos contratos no pueden ser resueltos, porque no se puede borrar en el pasado los efectos ya producidos* " (se subraya - " Derecho Civil- Contratos- Tomo I - Imprenta Universal- Santiago de Chile - 1988- pags. 306), este es el sentido de la primera parte de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia que cita nuestra Colaboradora Fiscal en su concepto.

En el caso que juzga la Sala, el contrato ya está terminado por la voluntad unilateral del SENA - de acuerdo con la afirmación de la actora-, por el mutuo consentimiento de las partes (resciliación) - como lo indica el proceso. De todas formas, al momento de plantear la demanda el contrato se ha extinguido, ha dejado de existir, y, por lo tanto, está fuera de lugar la solicitud para que el juez lo declare terminado o resuelto.

Sin embargo es defecto, por si mismo, no condena al fracaso las demás pretensiones de la demanda, pues de su lectura se deduce que el actor reclamó la declaración de incumplimiento y la consecuente indemnización de perjuicios a cargo de la administración, pretensiones que son procedentes y que exigen un pronunciamiento de fondo.

B. El incumplimiento contractual que la demandante reprocha al SENA consiste - de acuerdo con la demanda y con los alegatos de conclusión - en :

1. Haber terminado el contrato de modo unilateral, antes que venciera el término de prórroga.

2. No haber reajustado el precio de las raciones para el año de 1981.

La Sala examina los cargos en el mismo orden.

1. *La terminación del contrato.* La cláusula segunda del contrato que celebraron el SENA y doña AMADA HELENA AVENDAÑO GALVIS con el objeto de que ésta última suministrara ". . . las raciones de desayuno, almuerzo y comida para los trabajadores, alumnos y empleados del Centro Agropecuario del Cesar . . . . " (Cláusula Primera) estipuló:

> " DURACION DEL CONTRATO.- El presente contrato tendrá una duración de siete (7) meses contados a partir del dos (2) de junio de 1977, pero su vigencia podrá prorrogarse automáticamente por períodos anuales, si las partes no manifiestan intención en contrario dentro de los sesenta (60) días anteriores a su expiración.

Por consiguiente el término inicial venció el 2 de enero de 1978 y de allí en adelante se comenzaron a contar los períodos anuales de prórroga con vencimientos sucesivos el 2 de enero de 1979, de1980 y de 1981; desde ésta perspectiva la actora estaría asistida de razón, pues la ruptura del contrato que se hizo efectiva el 4 de julio del último año tendría una antelación de casi seis meses respecto del último plazo que generó la prórroga automática del contrato; sin embargo, todo indica que la terminación del contrato, si bien fué inicialmente la expresión de la voluntad unilateral del Sena, con posterioridad fué negociada y consentida por la demandante, razón por la cual queda excluído el incumplimiento y no pueden prosperar las indeminizaciones que, con fundamento en el mismo, se demandan.

Los documentos que a continuación se relacionan son prueba suficiente de lo dicho :

a) El 2 de abril de 1981, la Gerente Regional del SENA, LUISA BAUTE DE APONTE dirige el oficio N° 11466 cuyo texto expresa :

> " Señora
> AMADA AVENDAÑO GALVIS
> Administración Casino Centro
> Agropecuario SENA
> Ciudad
>
> " Apreciada señora Amada :
>
> " Atentamente me permito conmunicarle que el contrato suscrito por usted y el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, Regional Valledupar, en lo relacionado a suministro de alimentación a los trabajadores alumnos, finaliza el próximo dos (2) de junio de 1981, por tal motivo hemos abierto inscripciones para llevar a cabo una nueva licitación; para la cual le invitamos a que participe.

" Le agradecemos los buenos servicios que hasta la fecha nos ha venido prestando." (fls. 19 C.1).

Hasta allí existe terminación unilateral y anticipada del contrato que bien podría servir de causa al petitum de la actora; el hecho de que se hubiese dirigido con dos meses de antelación a la fecha indicada en el mismo oficio para la extinción de la relación contractual no interpretaba correctamente el contrato cuya redacción permite entender , sin dificultad, que una vez prorrogado, debía cumplirse durante un año adicional; y que, si alguna de las partes no deseaba una nueva prórroga, debía expresarlo así al contratante con 60 días de antelación al vencimiento de dicho período.

En estas condiciones el contrato estaba prorrogado por la virtud de la cláusula segunda, hasta el 2 de enero de 1982; pero el Sena podía impedir una nueva prórroga notificando su voluntad a la demandante, a más tarde, hasta el 2 de noviembre de 1981.

b) Sin embargo, otros documentos que obran en el expediente contienen claros indicios de que la demandante y el Sena llegaron a un acuerdo final en relación con la terminación del contrato, así, el 29 de mayo de 1981, la Gerente Regional difiere a doña AMADA AVENDAÑO una comunicación (oficio N° 11693) con el siguiente contenido :

" De acuerdo al memorando enviado a usted por el doctor Juan Osorio y el comentario personal que sostuvimos referente a la prolongación del contrato de suministro de alimentación por un mes más, le comunico que el SENA está en condiciones de aumentarle al costo de la ración diaria un total de $15.oo quedando estipulado de la siguiente manera :

" - Desayuno	$ 30.oo
" - Almuerzo	50.oo
" - Comida	45.oo

" Comedidamente ruego a usted prorrogue el contrato hasta el dos (2) de julio de 1981, contemplando la tarifa acordada en nuestro dialogo personal o sea la planteada anteriormente

' De estar de acuerdo le ruego firmar la presente comunicación la cual se constituye como compromiso tanto del contratante como del contratista . " (fl. 20- subraya la Sala).

Posteriormente, el 1° de julio de 1981, el Jefe del Departamento Administrativo del Sena remite a la demandante un oficio en el cual le manifiesta :

' Comedidamente me dirijo a usted par informarle que la Licitación Pública N° 001 de 1981 referente al suministro de alimentación para los trabajadores alumnos del centro Agropecuario y en la cual usted participó, le fué adjudicada al señor Luis Ortíz, persona ésta que empezará a prestar dicho servicio *inmediatamente se venza el plazo que establecieron en común acuerdo usted y la doctora Luisa Baute de Aponte Gerente Regional* ". (fl. 28- subrayas de la Sala).

Estos documentos fueron agregados por la actora quien nunca discutió la veracidad de su contenido; por otra parte, si bien no aparecen firmados por ella no hay duda de su aceptación como se desprende de los hechos de la demanda y del oficio que dirigió al SENA manisfestando su disposición de entregar el casino el 4 de julio del año indicado (fl.27).

A estos indicios hay que agregar la participación de la demandante, en calidad de proponente, en la licitación que abrió el SENA con el objeto de adjudicar de nuevo el contrato, indicio que de ser único unido al universo probatorio permite deducir con claridad que entre las partes comprometidas en el contrato se produjo en acuerdo para terminarlo antes del vencimiento del período de prórroga.

Por este aspecto, pues, no se puede imputar incumplimiento alguno al demandado.

2. *El reajuste de los precios.* La cláusula décima séptima del contrato estableció :

" CLAUSULA DE REAJUSTE. En desarrollo de la autorización que se desprende del artículo 106 del Decreto 150 de 1976, las partes convienen la siguiente modalidad de reajuste, anualmente se reajustarán los precios del contrato en la siguiente forma : se tomará como el índice de variación de los principales insumos necesarios para el cumplimiento del contrato como son: arroz, carne, papa, sal, azucar, aceite, huevos, leche, pan a los precios oficiales del IDEMA en la localidad de Valledupar y este índice se promediará con el del incremento del costo de vida para empleados en el Departamento del César y el índice resultante se aplicará al valor del presente contrato." (fl. 62).

La demandante reclama por los reajustes que se debieron hacer para el año de 1981 y que, según ella, le fueron negados por el oficio N° 01270 Cella habla del oficio N° 112) del 13 de febrero de 1981.

Dicho oficio dice lo siguiente :

" Señora

AMANDA AVENDAÑO

Ciudad.-

" De acuerdo a su solicitud del día 26 de enero del presente año me permito comunicar que en este momento y no antes del 1° de abril y debido a que el 80% de los trabajadores alumnos no cuentan con patrocinio real y el aumento salarial de los funcionarios del SENA no se ha dado todavía es imposible por parte de esta gerencia autorizarle un incremento en el precio de la alimentación.

" Lo que si creo conveniente es solicitarle nuevamente se de cumplimiento al menú que usted convino con la entidad, los empleados que usted utiliza deben usar el uniforme y le ruego además mantener la cocina en el mejor estado de aseo posible.

" Cordialmente,

LUISA BAUTE DE APONTE
Gerente Regional"

(fl. 22: C.1) .

Del texto transcrito se deduce que el ánimo del SENA no fué negar el reajuste pactado sino posponerlo, por lo menos hasta el mes de abril, por las razones que allí mismo se indican; de otra parte, se debe tener en cuenta que los reajustes pactados debían ocurrir *anualmente* y que el término del contrato se empezó a contar el 2 de julio de 1977, razón por la cual únicamente el 2 de julio de 1981 comenzaba a correr un nuevo año de reajuste.

3. La no instalación de los equipos a que se obligó el SENA con la contratista, carece en absoluto de prueba.

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,

F A L L A :

DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

Cópiese y notifíquese.

Se deja constancia que la anterior providencia fus discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha veinticinco (25) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE ADUANAS/ OPERACION ADMINISTRATIVA/ ACCION DE REPARACION DIRECTA

Cuando la causa eficiente del daño no es el acto sino su ejecución que se estima ilegal, por ejemplo, por haberse realizado, sin que el acto hubiese adquirido firmeza, la acción procedente es la de reparación directa frente a la operación administrativa correspondiente. En el *sub lite* el actor no cuestiona la legalidad de la resolución por cuya virtud declaró el abandono, en favor del Estado, de los 16 vehículos comprometidos en esta reclamación; el reproche está dirigido al hecho de que se dispuso de ellos, por remate o por adjudicación, antes de que el acto administrativo estuviera en firme; o sea que la demanda se funda en los actos de ejecución; no en el acto administrativo que constituyó derechos en favor de la administración . El procedimiento regular a seguir se obvió, generando, de consiguiente , una falla en el servicio que impone la indemnización total del daño.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.- Santafé de Bogotá, D.C. , junio treinta (30) de mil novecientos noventa y dos (1992).

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

Referencia : Expediente N° 4315. Actor: José Germán Franco Giraldo y Compañia.

Cumplida la tramitación sin que se observe causal de nulidad que la afecte, procede la Sala a dictar la sentencia que ponga fin al proceso iniciado con la demanda que mediante apoderado judicial, presentó la sociedad comercial " JOSE GERMAN FRANCO GIRALDO & CIA. S. en C.", el 15 de diciembre de 1983, en contra de la NACION -Ministerio de Hacienda y Crédito Público- Dirección General de Aduanas y Fondo Rotatorio de Aduanas.

1. En la demanda se hicieron las peticiones siguiente :

" 1° - Declárase a la Nación Colombiana - Ministerio de Hacienda y Crédito Público - responsable de los perjuicios causados a la Sociedad ' JOSE GERMAN FRANCO GIRALDO & CIA. S. en C. , con la operación administrativa mediante la cual la Dirección General de Aduanas, por su Administración Nacional de Buenaventura - Valle- , y el Fondo Rotatorio de Aduanas, dispusieron la venta, por remate, y la adjudicación de los siguientes vehículos :

" a.- Automóvil DATSUN, Modelo 1978, Verde, Motor 1-28-219910, Chasis PL.330-0003406,

" b. - Automóvil DATSUN, Modelo 1978, Verde, Motor L-28-218716, Chasis PL=-330-003589,

" c.- Automóvil DATSUN, Modelo 1978, Gris Plateado, Motor1-28213932, Chasis KPL-330-000195,

" d.- Automóvil DATSUN, Modelo 1978, Rojo, Motor 1-28-216252, Chasis PL-330-003099,

" e.- Automóvil DATSUN, Modelo 1978, Verde, Motor 1-218931, Chasis N° 003352,

" f.- Automóvil DATSUN, Modelo 1978, L-28-218716, Chasis N° PL-330-003589,

" g.- Camioneta DATSUN, Modelo 1978, Color Verde, Motor L-28-220114, Chasis N° 330-000956,

" h.- Automóvil DATSUN, 1978, Morado, Motor L-28-219911, Chasis PL-330-003356,

" i.- Automóvil DATSUN, Blanco, Modelo 1978, Blanco, Motor L-28-213931, Chasis PL-330-002918,

" j.- Automóvil DATSUN, Modelo 1978, Rojo, Motor L-28-218715, Chasis KPL-330-000244,

" k.- Automóvil DATSUN, Blanco, Modelo 1978, Motor L-28-216043, Chasis PL-330-000204,

"1. - Automóvil DATSUN, Modelo 1978, Rojo, Motor LP-28-216251, Chasis 000208,

" ll. - Camioneta DATSUN, Blanca, Modelo, 1978, Motor L-28-219812, Chasis PL-330-000996,

" m. - Automóvil DATSUN, Modelo 1978, Amarillo, Motor L-28-219399, Tipo Cupé, Chasis P-330-000225,

" n. - Automóvil DATSUN, Modelo 1978, Dorado, Motor L-28-219398, Chasis N° AL-330-003253, y

" ñ. - Automóvil DATSUN, Modelo 1978, Café Mostaza, Motor L-28-218500, Chasis PL-330-003208,

"Todos con 280 C- NISSAN, en perfecto estado de funcionamiento, por estar nuevos y no tener ningun uso, con los accesorios e implementos a que se refieren las Licencias de Importación y las Actas de Ingreso y Egreso del Fondo Rotatorio de Aduanas que más adelante se relacionarán.

" 2° Condenáse a la Nación Colombiana -MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO - a pagar a ' JOSE GERMAN FRANCO GIRALDO & CIA. S. en C. ', a su orden, o a quien sus derechos represente, la suma de dinero que resulte en el proceso por razón de lucro cesante,damo (sic) emergente y demá perjuicios, mas los intereses legales desde el día 16 de Diciembre de 1980, respecto de dos -2- automotores y desde el día 7 de Abril de 1981, los catorce -14- restantes, fechas en que fueron rematados y adjudicados, hasta el día en que se realice el pago.

" 3° Condénase a la Nación Colombiana, al pago de las costas y gastos a que diere lugar este proceso.

" 4° El pago se hará en los términos de los Artículos 121 y 122 del Código Contencioso Administrativo. Vencido ese plazo se causarán intereses moratorios a la rata mensual autorizada por la Ley " . (fls. 3 a 5 C.1).

2. En apoyo de tales pretensiones la sociedad actora presentó estos hechos:

" 1° La Sociedad ' JOSE GERMAN FRANCO GIRALDO & CIA. S. en C. ', presentó ante la Sección de Comprobación de la Administración de la Aduana Nacional de Buenaventura -Valle- los manifiestos de Importación que más adelante se relacionarán, con los que adquirió de la firma, ' NISSAN MOTOR CO. LTDA.' de Tokio - Japón- los vehículos descritos así :

" a.- Manifiesto de Importación N° 1826 de 21 de Enero de 1978 con Licencia de Importación N° 28111 del 26 de Mayo de 1977, amparando tres -3- automóviles marca DATSUN 280 C STATION WAGON, Modelo WPL-330-VT, Motores 220114 , 219713, 219812, Chasises Nos. 000956,000957, 000996, colores Verde, Café y Blanco, repectivamente valor, unitario US$

3.- 82.OO más su equipo opcional. Ref. N° 003 de Enero 3 de 1978 B/L N° IB 14 VAP. ' TOZUI MARU '.

" b. - Manifiesto de Importación N° 01726 de 21 de Enero de 1977 y Licencia de Importación N° 30249 de Junio 3 de 1978, amparando dos -2- automóviles marca DATSUN 280 -NISSAN- , Modelo 1978, Motores L-28 -218715 y L-28-219399, Chasises Nos. KPL-330-000244 y P-330-00225, colores Rojo y Amarillo, respectivamente, valor unitario US$ 3.563.30 , más equipo opcional, Ref. 003 de Enero 3 de 1978 R/L N° IB 14, VAPOR ' TOZUI MARU '.

" c.- Manifiesto de Importación N° 01727 de 23 de Enero de 1978, con Licencia de Importación N° 30248 de 3 de junio de 1978 con la que se amparaban tres -3- automóviles marca ' DATSUN ' 280 C CUSTOM DE LUXE SEAN, Modelo PL300-VT, año 1978, Motores Nos. 218716, 218500 y 219398, Chasises Nos. 003589, 003208 y 003253, colores Verde, Cafe y Morado, repectivamente, valor unitario US$3.379.42, REF. N° 003 de Enero 3 de 1978 B/L N° YB-13, Vapor 'TOZUI MARU '.

" d. - Manifiesto de Importación N° 26181 de Diciembre de 1977y Licencia de Importación N° 30248 de junio 3 de 1978, con el que se ampararon dos - 2- automóviles marca ' DATSUN ' 280 C CUSTOM DE LUXE SEDAN, Modelo PL-330 VT, año 1978, Motores 216252 y 213931, Chasises Nos. 003099 y 002918, colores Rojo y Blanco, respectivamente, valor unitario US$ 3.379.42, Ref. N° 677 de Diciembre 11 de 1977, B/L N° YB-17 , VAPOR ' TOTAY MARU '.

"e. - Manifiesto de Importación N° 1760 de 23 de enero de 1978 y Licencia de Importación N° 28110 del 26 de Mayo de 1977, con el que se amparaban tres -3- automóviles marca ' DATSUN ' 280 C CUSTOM DE LUXE SEDAN, Modelo PL-330-VT, año 1978, Motores 219910, 218931 y 219911, Chasises Nos. 003406, 003352 y 003356, Colores Verde, Café y Morado, respectivamente, valor unitario US$ 3.231.OO Ref. N° 003 de Enero 3 de 1978, B/L N° YB-1, Vapor 'TOZUI MARU ', y

" f.- Manifiesto de Importación N° 26172 de 19 de Diciembre de 1977 y Licencia de Importación N° 28105 del 26 de mayo de 1977, amparando tres -3- automóviles marca DATSUN 280 C HARD TOP, Modelo KPL330-HT, Motores Nos. 216043, 216 251 y 213932, series 000204, 000208 y 000195, colores Blanco, Oro y Plateado, respectivamente, valor unitario US$ 3.407.OO Ref. 677 de Diciembre 11 de 1977, B/L N° YB-19, Vapor ' TOTAY MARU'.

" Todos con posición Arancelaría N° 87.02.01.99.

" 2° La Sección de liquidación de la Aduana Nacional de Buenaventura, liquidó los derechos de Aduana y elaboró los comprobantes de rentas por cobrar y de PROEXPO , respectivos, que no fueron pagados por la firma importadora.

" 3° Como consecuencia del no pago de los derechos de importación la Administración de la Aduana Nacional de Buenaventura, profirio las Resoluciones Nos. 068, 071, 072, 073, 074 del ll de Febrero de 1980 y la N° 076 del 12 del mismo mes, mediante las cuales se declararon en abandono a favor del Estado los diesciseis -16- vehículos a que le aluden los Manifiestos de Importación y Licencias de Importación precedentemente determinados.

"4° Como las Resoluciones antes relacionadas no se notificaron de acuerdo con los preceptos que establece el Decreto N° 2733 de 1959, la Dirección General de Aduanas, en Bogotá, por medio de la Resolución N° 01757 de 9 de Junio de 1980 revocó las Resoluciones N° 068, 071, 072, 073, 074 y 076 ya citada de la Administración de la Aduana Nacional de Buenaventura y concedió a la firma importadora un plazo de treinta -30- días, a partir de la ejecutoria de esa Resolución, para nacionalizar los vehículos. Esa decisión conllevaba, como condición legal lógica, su notificación, en la forma y términos exigidos por el memorando Decreto 2733 de 1959.

" 5° Sinembargo, la Administración de la Aduana Nacional de Buenaventura, no dió cumplimiento a ese trámite final e indispensable para la eficacia de la providencia porque la Resolución N° 01757 de 1980 nunca se notificó, ni se intentó notificar personalmente, ni al representante ni al apoderado de la sociedad interesada, doctor ANTONIO JOSE OCAMPO. Aparece, si, una notificación a los interesados, por edicto, pero sin que dicho edicto llene las exigencias del estatuto antes citado, esto, es, sin haberse intentado primero la notificación personal tal como lo dispone el Artículo 10° del Decreto 2733 de 1959, y por tal motivo la sociedad no tuvo oportunidad de conocer el término de que disponía para nacionalizar los vehículos objeto de la importación.

" 6° Como secuela del desconocimiento de la resolución N° 01757 de 1980, mi mandante no cubrió dentro de los treinta -30- días siguientes a la ejecutoria de esa Resolución 01757, que no tuvo en realidad ejecutoria, los derechos de aduana, Vino luego la Resolución N° 0722 de 10 de Septiembre de 1980 por medio de la cual la Administración de la Aduana Nacional de Buenaventura vuelve a declarar en abandono los vehículos a que hemos venido haciendo referencia, autorizó al Fondo Rotatorio de Aduanas para su remate y anuló los comprobantes de rentas por cobrar Nos. 549358, 546563, 546561, 542828, 546320 y 542826. Dispuso también la notificación y cumplimiento de la nombrada Resolución N° 0722.

" 7° Conforme al Artículo 10° del decreto N° 2733 de 1959, la Resolución N° 0722 del 10 de Septiembre de 1980, debía ser notificada ' personalmente al interesado o a su representante o apoderado, dentro de los cinco -5- días siguientes a su expedición, lo que muestra que la Aduana, en el supuesto caso de haber citado a la parte interesada para notificarla personalmente, debió esperar hasta el día 16 de septiembre de 1980, antes de proceder a la notificación por edicto; pero, se observa en el edicto por el que se notificó las citada Resolución, que éste se fijó el día a12 de Septiembre y se desfijó el 19

del mismo mes. Y otro error procesal más : en el texto del edicto no se advierte sobre la procedencia de los recursos que, contra el proveído notificado, cabe, con violación de lo que previene el Artículo 11 part. 2 ibídem.

"8° Con tan notorios vicios legales que impidieron qùe la firma actora ejerciera su derecho de defensa o pagara los impuestos de Aduana, la Administración de la Aduana Nacional de Buenaventura, entregó al almacenista del Fondo Rotatorio de Aduanas los vehículos declarados en abandono: Actas de Ingreso Nos. 428, V45, V46, 084, 085,086, 088, 089, 090, 091, 092 094, 095, 253A, y 521 del 1980 y 99 y 100 de 1981, del Fondo Rotatorio de Aduanas, Conviene aclarar que las Actas de Ingreso distinguidas con los Nos. V45 Y V46, se cumplieron en el Fondo Rotatorio de Aduanas del Distrito Aduanero de Bogotá y el resto en el Fondo Rotatorio de Aduanas del Distrito Aduanero de Cali.

"9° A su vez, el Fondo Rotatorio de Aduanas entregó al almacenista del Banco Popular MARTILLO de Bogotá y MARTILLO de Cali, los ya mentados vehículos para su remate. Actas de Egreso Nos. 001, 002, 014, de 1980, 006, 007, 008, 034, 035, 036, 037, 038 039, 041, 043, 044 y 045 de 1981 del Fondo Rotatorio de Aduanas.

" El MARTILLO del Banco Popular de Bogotá remató el 16 de Diciembre de 1980, los dos -2- vehículos DATSUN 280 C Modelo PL-330, Motores L-28-219910, Serie 0003406 y L-28-218716, Serie 003589, Color Verde, por $ 662.000.oo y $650.000.oo, respectivamente.

" Y el día 7 de abril de 1981 EL MARTILLO del Banco Popular de Cali remató los siguientes nueve -9- vehículos, así :

" DATSUN Motor 220114 por $ 858.000.oo

" DATSUN Motor 219713 por $ 980.000.oo

" DATSUN Motor 218715 por $ 852.000.oo

" DATSUN Motor 219398 por $ 824.000.oo

" DATSUN Motor 216252 por $ 812.000.oo

" DATSUN Motor 218931 por $ 848.000.oo

" DATSUN Motor 219911 por $ 816.000.oo

" DATSUN Motor 216251 por $ 860.000.oo, y

" DATSUN Motor 213932 por $ 832.000.oo

" Los cinco -5- vehículos restantes fueron adjudicados a dependencias del Ministerio de Hacienda y Crédito Públicos por precio de QUINIENTOS MIL PESOS -$500.000.oo- cada uno.

" 11. Con los anteriores remates y adjudicaciones culminó la operación administrativa que determinó los perjuicios ocasionados a la firma actora a pesar de las peticiones elevadas por mi poderdante para la suspensión del remate.

" 12. Con poder conferido por la misma representante legal de la sociedad actora y ejercitando el recurso de revocación directa que consagra el Decreto N° 2733 de 1959, reclamó ante el señor Administrador de la Aduana de Buenaventura la anulación de la Resolución N° 722 de 10 de Septiembre de 1980 que había declarado en abandono los vehículos a que nos hemos venido refiriendo, habiendo culminado la petición con la Resolución N° 0196 del 18 de Marzo de 1983, por medio de la cual fue revocada en todas y cada una de sus partes la citada Resolución, al verificar las fallas en que se había incurrido en su notificación con motivo quebranto de las disposiciones del Decreto que se ha citado antes.

" 13. La representante legal de ' JOSE GERMAN FRANCO GIRALDO & CIA. S en C. ' , me ha conferido en debida forma para incoar la presente acción. La Sala se servirá, en consecuencia, reconocerme la personería correspondiente. " (fls. 6 a 13 C.1).

3. La actora encontró que la actuación administrativa censurado quebrantó los artículos 10, 11 y 12 del Decreto 2733 de 1959 y 16, 20, 26 y 30 de la C.N. vigente para entonces. Sus argumentos son esencialmente los siguientes :

" Indiscutible es la existencia en la actuación de la Dirección General de Aduanas y de su subordinada la Administración de la Aduana Nacional de Buenaventura, de un procedimiento que se inició con las solicitudes de importación presentadas ante ella por la firma actora por medio de su agente de aduana en Buenaventura ' ALMACENAR S.A. ' y que culminó con las Resoluciones 68, 71, 72, 73, 74, 75 del 11 de Febrero de 1980 y 76 del 12 del mismo mes, mediante las cuales la citada Aduana declaró en abandono en favor del Estado los vehículos cuya venta por el Fondo Rotatorio de Aduanas, a través de los MARTILLOS del BANCO POPULAR de Bogotá y de Cali se controvertieron con la presente acción . Esas Resoluciones de carácter nacional, que ponían fin a un pronunciamiento, a una actuación de carácter nacional,. debían ser notificadas personalmente al interesado, esto es al Gerente de la Sociedad, o a su apoderado el Doctor ANTONIO JOSE OCAMPO JARAMILLO, en la forma y dentro de los términos previstos por el Artículo 10 del Decreto 2733 de 1959. Como tal notificación no tuvo lugar, la primera transgresión de esa norma legal aparece palmaria. Por ello el citado apoderado de la firma actora doctor OCAMPO JARAMILLO, interpuso directamente el recurso de apelación ante la Dirección General de Aduanas,

dependencia que desató el recurso mediante la Resolución Nº 01757 del 9 de junio de 1980, revocando las Resoluciones que se citaron atrás y otorgando a los interesados un plazo '. . . de 30 días contados a partir de la fecha de ejecutoria. . . ' para que mediante el pago de todos los derechos y demás recargos a que hubiere lugar , '. . . de conformidad con el Artículo 25 del Decreto 849 del 1979 y previa presentación de los correspondientes registros de importación tramiten la nacionalización de los vehículos . . . ' Artículo Segundo de la Resolución Nº 01757 de 1980. Pero también esta Resolución adoleció de ilegalidad, pues el mismo quebrantamiento del Artículo 10 recayó en ella , ya que para su notificación no se intentó localizar al interesado o a su apoderado para hacerla en forma personal, como lo ordenan las disposiciones citadas antes. E idéntico fenómeno con la Resolución Nº 0722 de 1980 de la Administración de la Aduana de Buenaventura, la cual, como se dijo antes, se notificó por edicto el 12 de Septiembre de 1980 cuando la fecha de expedición fue el 10 del mismo mes es decir, que no se dejó transcurrir siquiera el término de cinco días existido (sic) por el Artículo 10 del Decreto 2733 de 1959, para la notificación personal.

" Y todas las Resoluciones anteriores pecan de ilegalidad, además, porque, en ninguna de la pretendidas notificaciones edictales se advierte al interesado, en el texto del edicto, como lo exige el parágrafo Segundo del Artículo 11 del Decreto 2733 al tratar de '. . . los recursos que legalmente proceden contra la providencia de que se trata '.

" Se suma a la violación de la norma antes citada, la del Artículo 12 del mismo Decreto, porque si las Resoluciones de la Aduana Nacional de Buenaventura o de la Dirección General de Aduanas no fueron notificadas legalmente, ni el interesado se dio por notificado, ni interpuesto en tiempo los recursos procedentes, la Aduana, le dio plena vigencia a actos administrativos que, por mandato del citado Artículo 12, carecían de eficacía no podían producir 'efectos legales'. Y se les hizo producir esos efectos entregando al Fondo Rotatorio los vehículos que aún no le pertenecían.

" En síntesis, encontramos que una entidad de la Administración no notificó legalmente esas Resoluciones porque debió hacerlo personalmente, no sólo para el desarrollo adecuado del procedimiento gubernativo, mediante el ejercicio de los recursos que el mismo brinda al ciudadano, sino para permitir el rescate de la mercancía supuestamente abandonada, mediante el pago de todos los derechos. Por otra parte, la notificación por edicto es subsidiaria, tal como lo ordena el ya citado Decreto 2733 de 1959 y a ella ha de acudirse sólo cuando la notificación no puede lograrse y en el caso *subjúdice* el intersado tenía su Agente de Aduanas y su apoderado legal en Buenaventura, con residencias conocidas . Y la notificación irregular se reputa inexistente y, del mismo modo que el acto no notificado, carece de eficacia legal, es inoponible y por lo tanto no podía realizarse ". (fls. 14 a 17 C.1).

4. La demanda se admitió (fl. 34 1er Cuaderno) y el auto de admisión se notificó al Ministerio de Hacienda (fl.35) y al Fondo Rotatorio de Aduanas (fl.36). Este último constituyó apoderado especial (fl.38) a través de quien se presentó al proceso y solicitó :

" . . . exonerar de toda culpa a mi representado, toda vez que tal como lo relata el demandante no hubo y ha habido negligencia en las actuaciones del Fondo Rotatorio de Aduanas y además dió cumplimiento al estatuto penal aduanero así :

" De acuerdo al Art. 82 del estatuto penal aduanero que estando en firme la declaración de contrabando de la mercancía se procederá a su remate por el Fondo Rotatorio de Aduanas poniéndolo a disposición del Martillo para efectuar el remate, como en la realidad lo hizo.

" De la misma manera el Estatuto contiene claras disposiciones sobre la disponibilidad que se tiene con los automóviles, armas, etc. , para destinar dichas mercancías para el servicio oficial, tal como se hizo con los vehículos que vendió para la Aduana Nacional. Consiguientemente al remate, el propietario de la mercancía declarada de contrabando, debe reclamar el producto del remate, con las deducciones de ley ante el Fondo Rotatorio de Aduanas.

"La base para este remate son los avalúos por los almacenistas con intervención de auditoría, en ningún caso los propietarios de la mercancía aludida objetaron estos avalúos.

"Por las anteriores consideraciones solicito al Honorable Magistrado, se sirva exonerar de cualquier responsabilidad al Fondo Rotatorio de Aduanas, ya que sus obligaciones fueron cumplidas y su responsabilidad solo está en la entrega de los dineros producto de los remates, previas las deducciones por los gastos ocasionados y el reclamo de este producto por los propietarios de las mercancías . " (fls. 39 a 40 C.1).

Decretadas y practicadas las pruebas solicitadas por la demandante (fls. 41 y ss.) su apoderado judicial alegó de conclusión (fls. 218 a 234 del C.1); en su escrito hizo un resumen de lo acontecido en el proceso; afirmó que la " falta o falla del servicio que se imputa al Ministerio de Hacienda y Crédito Público consiste en haber procedido, por la Administración de Aduanas de Buenaventura, a ordenar, al Fondo Rotatorio de Aduanas, el remate de once (11) vehículos, y haber adjudicado a dependencias del mismo Ministerio cinco (5) automotores de los importados por ' JOSE GERMAN FRANCO GIRALDO y CIA. S. en C. ', llevándose por delante el proceso de notificación establecido para esa clase de Actos por los artículos 10, 11 y su parágrafo 2° y 12 del Decreto Ley N° 2733 de 1959, vigente en ese año, 1980." (fl. 220 C.1); reitera que la Administración no hizo esfuerzo alguno para notificar personalmente la resolución 01757 de 1980, y que la 0722 del mismo año también fue notificado en forma irregular;

" Fué tan notoria -dice- la violación del procedimiento (sic) gubernativo que la sociedad importadora, con mi procuraduría, obtuvo, del señor Administrador de la Aduana de Buenaventura, mediante la Resolución N° 0196 de fecha dieciocho (18) de marzo de 1983, la revocatoria directa de la Resolución número 0722 antes anotada, de fecha 10 de septiembre de 1980, mediante la cual se habían declarado en abandono los dieciseis (16) automotores importados por la firma actora.- No obstante, ya la lesión patrimonial se había causado, desde el 16 de diciembre de 1980, para dos (2) automóviles; desde el siete (7) de abril de 1981 para nueve (9) de los restantes los cuales fueron rematados por el Martillo del Banco Popular de Cali; y cinco (5) más que fueron adjudicados a diferentes dependencias del Ministerio de Hacienda y Crédito Público." (fl. 22 C.1); encuentra que está debidamente probado el perjuicio que reclama y su relación efecto causa con la falla de la administración; sobre este aspecto final manifiesta :

> " Si la Administración de la Aduana Nacional de Buenaventura hubiera notificado, en debida forma, la Resolución N° 01757 de fecha nueve (9) de junio de 1980, de la Dirección General de Aduanas, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la sociedad actora, ésta, enterada del valor de los impuestos y gravámenes arancelarios, así como de que únicamente disponía de treinta (30) días para cubrirlos hubiera realizado las gestiones necesarias para legalizar la importación de los vehículos en que se hallaba interesada y que ya había indicado. Como no se dió cuenta de la decisión tomada por la Dirección General de Aduanas, ni tampoco de lo dispuesto por la Resolución N° 0722 del 10 de Septiembre de 1980 la Administración de Aduanas de Buenaventura, por la cual se volvieron a declarar en abandono los citados automotores y se autorizó al Fondo Rotatorio para el remate de los mismos y se anularon los comprobantes de rentas por cobrar 549358, 546563, 546561, 542828, 546320 y 542826, es lógico que esas anomalías procesales fueron la causa eficiente e inmediata de la indemnización que se persigue." (fl.229 C.1).

5. El señor Fiscal Séptimo del Consejo de Estado, estima que " el fallo debe ser inhibitorio por caducidad de la acción " o que " en subsidio, deben negarse todas las súplicas de la demanda por carencia de fundamentos ". En su escrito, visible a folios 236 a 244 del primer cuaderno, explica que:

> " Para la época en que se presentó la demanda -15 de diciembre de 1983- se encontraba vigente la Ley 167 de 1941 y, en relación con las vías de hecho y la operación administrativa, el Consejo de Estado se pronunció en los siguientes términos :
>
> ". . . . Dentro de esa clasificación aparece la noción de 'operación administrativa', que la doctrina francesa indentifica con el llamado ' acto complejo ' y que la jurisprudencia colombiana ha caracterizado de manera diferente. Para distinguirla del simple acto escrito de la administración, se le señala como el conjunto de actos a cuyo través se cumple o se quiere cumplir voluntariamente una finalidad jurídica del servicio público y cuya causa

inmediata es una decisión ora escrita, ya oral de la misma administración. Mas como ordinariamente el particular sólo se entera de ella cuando va a cumplirse por la ejecución material de los actos que señalan su finalidad, es decir, los hechos culminantes del proceso, la doctrina procesal ha instituído a éstos como sujeto inmediato de la acción y permitido que para buscar el resarcimiento y hallar la fuente de la responsabilidad, bate con enjuiciar el último acto del conjunto, esto es, de la operación administrativa dentro de la jurisprudencia procesal colombiana, pues cuando la causa del daño es el primero, debe enjuiciarse la totalidad de los actos que lo constituyen y decretar primeramente su nulidad como premisa indispensable de una reparación; mas si dicha causa es la Operación, las exigencias procesales se satisfacen con la simple demanda de reparación,sin nulidad previa de ninguna especie, pero en cambio en este caso- de que en el curso del proceso se demuestre completamente que tal operación, por haberse cumplido íntegramente por fuera del marco legal contra sus mandatos,desconoció un derecho civil o administrativo consagrado en beneficio del demandante. Trátase en el fondo de que como son dos modos diferentes de actuación administrativa y en oportunidad diversas llegan a efectuar los derechos de los particulares, es dicha oportunidad la que viene a desempeñar un papel fundamental, al señalar el acto acusable '. (Diccionario Jurídico III, página 212)! (Sentencias de febrero de 1964, Sala de Negocios Generales Ponente, Dr. Guillermo González Charry).

" Dedúcese de la jurisprudencia compendiada, que solo puede hablarse de 'Vías de hecho ', cuando la administración obra en ejercicio de un pretendido derecho que realmente no tiene, o cuando en ejercicio de un derecho que realmente tiene obra con ausencia total del procedimiento legal aplicable, distinto al señalado por la ley, es decir, es la arbitrariedad de la administración la que queda escuetamente a la observación. Mas conviene aclarar, conforme al criterio jurisdiccional compendido que la falta de poder ha de ser absoluta, constituir ' usurpación de poder ' pues si hay asi, sea un principio de poder, se está frente al ' exceso de poder ' pero no a la vía de hecho. Lo mismo debe ser dicho frente a la falta de procedimiento. Ella debe ser absoluta no basta la simple irregularidad procedimental, que puede constituir un falla, pero no una vía de hecho, equivalente a la usurpación de poder, a la arbitrariedad , a la violencia o, como algunos autores la denominan a la ' actuación causidelictual de la administración '.

" Como antítesis de la vía de hecho aparece la operación administrativa como el ejercicio, por parte de la administración, de un derecho que ha sido reglamentado en su provecho o mejor, teniéndola como destinataria y con el empleo del procedimiento legalmente señalado. Puede que haya exceso de poder, defectuosa aplicación del derecho que se ejerce o irregularidad en el procedimiento legalmente señalado y aplicado, sin que por ello deje de existir la operación administrativa '. (Diccionario Jurídico III, página 708). (Sentencia de octubre 28 de 1976, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente Dr. Jorge Valencia Arango, Actor: Banco Bananero del Magdalena, Indemnizaciones, Expediente 1482).

" Por medio de la resolución N° 0722 de 10 de septiembre de1980 el Administrador de la Aduana Nacional de Buenaventura declaró en abandono los vehículos marca Datsun 280C Station Wagon, modelo WPL-3330 OVT, amparados con los respectivos manifiestos de importación y autorizó al almacenista de la zona aduanera de la Flota Mercante Grancolombiana para que los entregara al almacenista del Fondo Rotatorio de Aduanas. Los vehículos declarados abandonados fueron entregados así :

" 1°) Por acta de ingreso N° 428, de octubre 28 de 1980 fls. 20 y 21 Cdo. de pruebas por el vehículo declarado en abandono por la resolución N° 68 de febrero 11 de 1980- fl.3 Cdo. de pruebas.-;

" 2°) Por acta de ingreso V-045 de 28 de marzo de 1980-fl. 24 cdo. de pruebas - el vehículo declarado en abandono por el Administrador de la Aduana de Buenaventura en favor del Estado, por resolución N° 0074 de 11 de febrero de 1980 - fls. 11 y 12 cdo. de pruebas;

" 3°) Por acta de ingreso V-046 de 28 de marzo de 1980 -fl. 30 cdo. de pruebas- el vehículo declarado en abandono mediante la Resolución N° 0072 de 11 de febrero de 1980, del Administrador de la Aduana Nacional de Buenaventura -fls. 7 y8 cdo. de pruebas;

"4°) Por acta de Ingreso 084 de 24 de marzo de 1980-fl. 35 el vehículo declarado en abandono mediante resolución N° 76 de 12 de febrero de 1980 -fls. 13 y 14 cdo. de pruebas-;

" 5°) Por acta de ingreso 085 de 24 de marzo de 1980 -fl. 39 cdo. de pruebas- el vehículo declarado en abandono por resolución N° 73 de 11 de febrero de 1980 -fls. 9 y 10 cdo. de pruebas-;

" 6°) Por acta N° 086 de 24 de marzo de 1980 -fl. 3 cdo. de pruebas- el vehículo declarado en abandono por resolución N° 074 de 11 de febrero de 1980 -fls. 11 y 12 cdo. de pruebas-;

" 7°) Por acta de ingreso 88 de 24 de marzo de 1980 -fl. 47 cdo. de pruebas- el vehículo en abandono, según resolución N° 072 de 11 de febrero de 1980 - fls. 7 y 8 cdo. de pruebas-;

" 8°) Por acta de ingreso N° 89 de 24 de marzo de 1980 -fl. 52 cdo. de pruebas - el vehículo declarado en abandono por resolución N° 68 de 11 de febrero de 1980 -fls. 3 y 4 cdo. de pruebas-;

" 9°) Por acta de ingreso N° 090 de 24 de marzo de 1980- fl. 55 cdo. de pruebas - el vehículo declarado en abandono por resolución N° 074 de 11 de febrero de 1980 -fls.11 y 12 cdo. de pruebas-;

" 10°) Por acta de ingreso N° 091 de 24 de marzo de 1980- fl. 58 cdo. de pruebas- el vehículo declarado en abandono por resolución N° 73 de 11 de febrero de 1980 -fls. 9 y 10 cdo. de pruebas-;

" 11°) Por acta de ingreso N° 092 de 24 de marzo de 1980 - fl. 62 cdo. de pruebas - el vehículo declarado en abandono por resolución N° 071 de 11 de marzo de 1980 -fl. 62 cdo. de pruebas-;

" 12°) Por acta de ingreso N° 094 de 24 demarzo de 1980 -fl. 65 cdo. de pruebas- el vehículo declarado en abandono por fesolución N° 076 de 12 de febrero de 1980- fl. 134 cdo. de pruebas-;

" 13°) Por acta de ingreso N° 095 de 24 de marzo de 1980- fl. 68 cdo. de pruebas. el vehículo declarado en abandono por resolución N° 076 de 12 de febrero de 1980 -fls. 13 y 14 cdo. de pruebas-;

" 14°) Por acta de ingreso 253A de marzo 30 de 1980 -fl. 72 cdo. de pruebas- el vehículo declarado en abandono mediante resolución N° 072 de febrero 11 de 1980 -fls. 7 y8 cdo. de pruebas-;

" 15°) Por acta de ingreso N° 521 de diciembre 26 de 1980- fl. 76 cdo. de pruebas- el vehículo declarado en abandono por resolución N° 0072 de febrero 11 de 1980 fls. 7 y 8-;

A folios 114 obra la copia de la resolución N° 01757 de 9 de junio de 1980, proferida por el Jefe de la División Legal de la Dirección General de Aduanas, mediante la cual revocó las resoluciones 068, 071, 072, 073 y 074 de febrero 11 de 1980 y 076 de febrero 12 del mismo año, proferidas por la Administración de la Aduana de Buenaventura, que a su vez declararon en abandono legal, a favor del Estado, los vehículos Datsun, cuyas características ya se han descrito. Pero la razón de tal revocatoria no corresponde, como lo sostiene el accionante en el libelo, a que tales resoluciones no fueron notificadas de acuerdo con los preceptos del Decreto N° 2733 de 1959 -fl. 9 cdo. principal, toda vez que en la parte considerativa de la resolución N° 1757 se dejó constancia que el doctor Antonio José Ocampo Jaramillo, en representación del señor Germán Franco, importador de vehículos, solicitó llevar a cabo la actuación administrativa de notificación en forma personal, tal como lo estatuía el para entonces vigente artículo 11 del Decreto 2733 de 1959, cuyo texto expresaba :

" Artículo 11.- Si no se pudiere hacer la notificación personal, se fijará en edicto en papel común en lugar público del respectivo despacho, por el término de cinco días, con inserción de la parte resolutiva de la providencia'.

" Y agrega que, ante tal petición, la Sub-Administración de la Aduana de Buenaventura, en auto de abril 15 de 1980, aceptó que por errror no se hizo como era de ley gestión alguna para efectuar las correspondientes notificaciones

personales ni al importador ni a su agente de aduanas y enviando consulta ante esa jefatura, ese mismo despacho, la absolvió en radiograma RA 11 Av 1600 150 Bogotá, cuya parte pertinente expresaba: '. . . SI ESTAS NOTIFICACIONES NO SE EFETUARON CON LLENO DE LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR EL CITADO DECRETO PROCEDA A EFECTUARSE EN FORMA LEGAL PUNTO EN CASO DE QUE LOS INTERESADOS INTERPONGAN EL RECURSO DE REVOCATORIA DIRECTA CONTRA ESTAS RESOLUCIONES DE ACUERDO CON EL ARTICULO 21 DEL DECRETO YA CITADO EN QUE DICE QUE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEBERAN SER REVOCADOS POR LOS MISMOS FUNCIONARIOS QUE LOS HAYAN EXPEDIDO COMA O POR SUS INMEDIATOS SUPERIORES RESUELVA EL RECURSO INVOCADO PUNTO NOGUERA DIVILEGAL'.

" Y agrega la misma resolución que en ello la Aduana de conocimiento *procedió de conformidad, notificando en forma personal el contenido de las resoluciones 068, 071 , 072, 073, 074 de febrero 11 de 1980 y la número 076 de febrero 12 del mismo año a los importadores,* quienes interpusieron recurso de apelación ante la Dirección General de Aduanas para que se autorizara la nacionalización de los vehículos.

"La Jefatura de la División Legal encontró viable la petición de los interesados, pues consideró que al haberse llevado a cabo la notificación personal y haber apelado las resoluciones que declararon abandonados los 16 vehículos ellas aún se habían ejecutoriado.

" Todo lo anterior demuestra que los interesados sí fueron notificados personalmente de las resoluciones que por primera vez decretaron el abandono de los 16 vehículos tantas veces mencionados, y que interpusieron recurso de apelación, con lo cual no solo impidieron que tales actos administrativos quedaran ejecutoriados, sino que además consiguieron que se les concediera un plazo adicional de 30 días, a partir de la ejecutoria de la resolución N° 1757 de 9 de junio de 1980, para que iniciaran las diligencias de nacionalización de los vehículos en cuestión.

"La misma resolución 1757 dispuso que, una vez ejecutoriada, las diligencias se devolverían para lo de su cargo a la Aduana de origen. Ahora bien, si la remisión se condicionaba a la ejecutoria del acto administrativo mencionado, y dado que estos quedan en firme pasados cinco (5) días de surtida la notificación, no podía la Aduana Nacional de Buenaventura, como lo pretende el accionante, notificar la prementada resolución en los términos exigidos en el Decreto 2733 de 1959, pues esa diligencia competía a la Dirección General de Aduanas; y en cuanto a la Aduana de Buenaventura le correspondía tramitar la nacionalización de los 16 vehículos, tal como lo dispuso la resolución1757, previa cancelación de todos los derechos multas y demás recargos a que hubiere lugar, de conformidad al artículo 25 del decreto 849 de 1979 y previa presentación de los correspondientes registros de importación.

" El actor, y no Consejo de Estado como lo expresó éste en su alegato de conclusión, tenía la obligación de demostrar que la resolución 01757 no le fue notificada en legal forma por la Jefatura de la División Legal de la Dirección General de Aduanas, y no de la Aduana Nacional de Buenaventura, y que por lo mismo la sociedad que representa no tuvo oportunidad de conocer el término de que disponía para nacionalizar los vehículos objeto de la importación.

" La revocatoria mencionada prueba que en realidad la administración incurrió en irregularidad al notificar deficientemente la resolución revocada, pero no en cuanto a la dispocición de nacionalizar los vehículos, pues ésta obedeció al incumplimiento, por parte de la firma actora, de su obligación de efectuar los pagos correspondientes y de adelantar las gestiones pertinentes para conseguir la nacionalización de los vehículos de su propiedad.

" El hecho generador de responsabilidad lo constituye, según el actor, tanto la resolución N° 1757 de 9 de junio de 1980, como la número 722 de 10 de septiembre de 1980, a cuya deficiente notificación - la primera de las cuales no fue probada en el proceso- atribuye el accionante los perjuicios causados y por los cuales reclama indemnización. Estas resoluciones fueron proferidas en los meses de junio y septiembre de 1980 y en tales circunstancias solo podía demandar hasta el 10 de septiembre de 1983, toda vez que la acción incoada fue la indicada en el artículo 68 del antiguo Código Contencioso Administrativo, vigente para esa época y cuyo texto decía :

"' Artículo 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 la indemnizaciones o prestaciones correspondientes '.

" En concordancia con el anterior, el para entonces también vigente artículo 28 del Decreto 528 de 1964 disponía que las acciones indemnizadas debían instaurarse dentro de los tres (3) años siguientes a la realización del hecho u operación correspondiente, y como en este presupuesto no se cumplió, dado que la demanda fué presentada el 15 de diciembre de 1983, debiendo hacerlo antes del 10 de septiembre del mismo año, la acción ya se encontraba caducada, razón que en este caso impide cualquier pronunciamiento de mérito ". (fls. 239 a 244 C.1).

LA SALA CONSIDERA

A. Como el Señor Fiscal estima que la acción está caducada, la Sala abordará, inicialmente, el estudio de este tema pues de prosperar su tesis, sería inútil el estudio del fondo de la controversia.

Para un mejor entendimiento del asunto vale la pena hacer una síntesis rápida de los actos jurídicos y materiales que conforman la actuación administrativa sobre la cual la sociedad demandante monta su reclamación:

1. El Administrador de la Aduana Nacional de Buenaventura profirió las resoluciones Nos. 068, 071, 072, 073 Y 074 del 11 de febrero de 1980, y la N° 076 del día siguiente,por medio de las cuales declaró, en favor del Estado, el abandono de los 16 vehículos que relaciona la demanda, como consecuencia del no pago de los derechos de importación.

2. Posteriormente, el 9 de julio de 1980, el Jefe de la División Legal de la Dirección General de Aduanas revocó tal decisión por medio de la resolución N° 01757 del 9 de junio de 1980 y autorizó "... a la Administración de Aduana de Buenaventura, para que mediante el pago de todos los derechos, multas y demás recargos a que hubiere lugar, de conformidad con el artículo 25 del Decreto 849 de 1979 y previa presentación de los correspondientes Registros de Importación, tramiten la nacionalización de los 16 vehículos a que se refieren las diligencias, nacionalización que los interesados deben iniciar en el término de treinta (30) días contados a partir de la fecha de ejecutoria de la presente Resolución.

Una vez ejecutoriada, vuelvan las diligencias a la Aduana de origen para lo de su cargo . " (fl. 116)

3. No existe, ni en la copia de la resolución respectiva (fl. 113 del C.1). ni en el resto del expediente, constancia alguna de notificación; sin embargo la sociedad actora acepta que " aparece ... Una notificación a los interesados, por edicto, pero sin que dicho edicto llene las exigencias del estatuto antes citado, esto es, sin haberse intentado primero la notificación personal.... " (hemos 5° de la demanda).

De lo anterior se deduce que la Dirección General de Aduanas entendió que la providencia estaba en firme y la remitió, para su ejecución, a la Administración de la Aduana de Buenaventura.

Hay que observar, que la razón de ser de la revocatoria fué la errónea consideración de que la falta de notificación es un vicio que afecta la legalidad del acto administrativo; se dice que esta apreciación es equivocada porque - como se sabe- la notificación, como circunstancia necesariamente posterior a la existencia del acto, en nada puede afectar su validez jurídica; de modo que su diligenciamiento regular dice relación con la obligatoriedad, o mejor con la eficacia del acto administrativo y no con su validez; esta afirmación, antigua en la jurisprudencia y en la doctrina, esta hoy positivamente consagrada por los artículos 62 y 64 del C.C.A.

4. El 10 de septiembre de 1980, el Jefe de la Sección de Contabilidad y Caja de la Aduana de Buenaventura rindió el siguiente informe:

" ADUANA NACIONAL DE BUENAVENTURA.- Sección de Contabilidad y Caja, Septiembre 10 de 1980, En atención al auto que antecede se informa

que los Comprobantes de Renta por Cobrar Números : 549358 de Marzo 27/ 78, por valor de $1'650.926.900; 546563 de Febrero 22/78 por valor de $1'152.752.72; 546561 de febrero 22 de 1978 por valor de $1'676.041,15; 546320 de febrero 20 de 1978 por valor $1'613.285.28; 542828 de Enero 17/ 78 por valor de $1'106.661.19 y el 542826 por $1'648.128.29 de Enero 17 de 1978 se encuentran pendientes de cancelación hasta la fecha . " (fl. 15 Anexo 1).

5. En la misma fecha (10 de septiembre de 1980), el Administrador de la Aduana de Buenaventura, considerando que " el plazo concedido por la División Legal se encuentra suficientemente vencido ". declaró nuevamente, en favor del Estado, el abandono de los 16 automotores, por medio de la resolución N° 0722 (fls. 15 y 16 del mismo anexo).

6. El 12 de septiembre, es decir, dos días después de su expedición, se fijó el edicto para surtir la notificación de la resolución anterior, el cual permaneció fijado hasta el 19 de septiembre siguiente (fl. 17 ibídem).

7. Como punto culminante de la operación administrativa de ejecución del acto administrativo relacionado en el numeral 5 anterior, 13 vehículos fueron rematados, en martillo, por el Banco Popular el 16 de diciembre de 1980 y el 17 de abril de 1981 (fls. 138-141 del anexo 1) y los 3 restantes se adjudicaron a las Administraciones de Aduana de Cali y Buenaventura y a la Subdirección General de Aduanas (fls. 93 del mismo anexo).

8. El 18 de marzo de 1983, el Administrador de la Aduana de Buenaventura, a petición de la actora, produjo la resolución N° 0196 por medio de la cual revocó la N° 0722 de 10 de septiembre de 1980 (ordinal 5 de esta relación) y negó ". . . la devolución del producto del remate de los vehículos declarados en abandono por la resolución revocada, a la sociedad recurrente, en razón a que está administración carece de competencia para proferir un acto administrativo en tal sentido " (fls. 188 y 189 del anexo 1).

La Razón de la revocatoria fué, como en la anterior ocasión, la notificación irregular de la resolución revocada.

9. Esta providencia se notificó personalmente al apoderado de la sociedad demandante el 18 de marzo del mismo año.

En estas condiciones, la Sala no comparte la opinión del Señor Fiscal para quien el hecho generador de responsabilidad lo constituye, según el actor, tanto la resolución N° 1757 de 9 de junio de 1980 como el número 722 de 10 de diciembre de 1980. . . " ; no; si fuesen los actos administrativos indicados los causantes del perjuicio, la demandante no habría tenido alternativa distinta que acudir a la acción que, para la fecha de la presentación de la demanda, se denominaba " de plena jurisdicción " , y, en su ejercicio, reclamar como pretensión principal la nulidad de los actos, y, como consecuencia de la misma, la indemnización correspondiente; o,

en otros términos, si la situación fáctica correspondiese a la deducción del Colaborador Fiscal, la acción de reparación directa estaría indebidamente utilizada configurándose la ineptitud sustantiva de la demanda.

Sinembargo, la realidad procesal es bien distinta; la demanda no se apoya en las resoluciones Nos. 1757 y 722 cuya invocación sencillamente resulta imprescindible para dar claridad a los pedimentos y a causa; pero *la razón de ser de la reclamación es la operación administrativa mediante la cual se ejecutó la resolución N° 0722 del 10 de septiembre de 1980 sin que dicha providencia hubiese adquirido firmeza.*

Prueba de dicha ejecución es el remate que hizo el Banco Popular, el 16 de diciembre de 1980 y el 7 de abril de 1981, de 13 de los vehículos y de la adjudicación de los 3 restantes, dispuesto por la resolución N° 0397 del 23 de marzo de 1981, que benefició a diversas entidades oficiales; estas son las dos fechas que se deben tener como punto de partida del término de caducidad de la acción de reparación directa que, para entonces, había previsto el Decreto Extraordinario N° 528 de 1964 en 3 años.

La demanda se presentó el 15 de diciembre de 1983, es decir, el último día del dicho término; por lo tanto, la caducidad no se había operado.

B. En relación con la acción intentada, es conveniente dejar en claro que los actos administrativos cuando causan un perjuicio o lesionan un derecho subjetivo originan la acción de nulidad, y de restablecimiento del derecho (antes de plena jurisdicción) consagrada hoy por el artículo 85 del C.C.A. , en desarrollo de la cual, el actor ha de solicitar la nulidad del acto y el restablecimiento consecuencial del derecho que se estima vulnerado; de allí que la doctrina le haya otorgado a esta acción el calificativo de nulidad resarcitoria.

En cambio, cuando la causa eficiente del daño no es el acto sino su ejecución que se estima ilegal, por ejemplo, por haberse realizado, sin que el acto hubiese adquirido firmeza, la acción procedente es la de reparación directa frente a la operación administrativa correspondiente.

Este es el caso que ocupa a la Sala; el actor no cuestiona la legalidad de la resolución N° 0722 por cuya virtud se declaró el abandono, en favor del Estado, de los 16 vehículos comprometidos en esta reclamación; el reproche está dirigido al *hecho* de que se dispuso de ellos, por remate o por adjudicación, antes de que el acto administrativo estuviera en firme; o sea que la demanda se funda en los actos de ejecución; no en el acto administrativo que constituyó derechos en favor de la administración.

C. Es claro también que la demandante tiene razón cuando afirma que la resolución 0722 no le fué solicitada, o , mejor, que la notificación fué irregular circunstancia que equivalía a la inexistencia de la notificación, a términos del artículo 12 del Decreto Extraordinario N° 2733 de 1959, entonces vigente . Para

el efecto resultan suficientemente demostrativas las consideraciones que sirvieron de apoyo a la resolución N° 196 del 18 de marzo de 1983 (fls. 188 y 189 del Anexo 1); dicen en lo pertinente :

" Que la Administración de la Aduana de Buenaventura mediante Resolución N°0722 de septiembre 10/80, declaró en abandono a favor del Estado dieciseis (16) vehículos marca DATSUN 280 C STATION WAGON MODELO WPL-33-OVT declarados en los Manifiestos de Importación Nos. 01826/78, 01726/77, 01727/78, 2611/77, 01760/78 y 26172/77, y amparados en las licencias de importación Nos. 28111 de mayo 26/77, 30 249 de junio 3/78, 30248 de junio 3/77, 28110 de mayo 26/77 y 28 de mayo 26/77;

" Que con anterioridad la Administración de la Aduana de Buenaventura había proferido las Resoluciones Nos. 068, 071, 072, 073 y 074 de febrero 11/80 y 076 de febrero 12 del mismo año, por medio de las cuales se declaraban en abandono a favor del Estado los vehículos antes descritos;

" Que la División Legal de la Direccion General de Aduanas mediante Resolución N° 01757 del 9 de junio de 1980 y resolviendo la impetración del recurso de apelación revocó las Resoluciones Nos. 068, 071, 072, 073, 074 de febrero 11/80 y 076 de febrero 12/80 de la Administración de la Aduana de Buenaventura, por llenar los requisitos exigidos en el Decreto 2733/59, en lo relacionado al procedimiento Gubernativo de las notificaciones que han debido surtirse en las mencionadas providencias;

" Que el Doctor HERNANDO ACOSTA SANCHEZ, con Tarjeta Profesional N° 8305 de Minijusticia, obrando en su condición de mandatario especial de la firma ' JOSE GERMAN FRANCO C. CIA. en C. ' mediante memorial de 1° de Febrero de 1983 solicita a la Administración de la Aduana de Buenaventura, la revocatoria de la Resolución N° 0722 de septiembre 10/80 por considerar que esta fué notificada conforme a las normas establecidas en el Decreto 2733/59.

" Veamos lo que invoca el recurrente :

" La División Legal de la Dirección General de Aduanas, emitió la Resolución N° 01757 de junio 9/80, revocando las anteriores Resoluciones de la Administración de la Aduana de Buenaventura por medio de las cuales se declaraba el Abandono a favor del Estado de los vehículos en mención, sin que por parte de esta Aduana, se hiciese el menor intento para notificar la mencionada Resolución.
De análoga manera se procedió con el Auto N° 10245 ABB de abril 22/80, y en lo que respecta a la Resolución N° 0722 de 1980, tampoco notificó legalmente, porque se procedió a notificar por Edicto, si haber agotado las vías para la notificación personal, haciendo alusión el recurrente a la sentencia de junio 20/69, proferida por el Consejo de Estado, publicada en Anales 1969 pag. 356 y que a la letra reza :

" Se ha generalizado el procedimiento de suponer, sin averiguarlo en cada caso, que es imposible hacer la notificación personal y se prescinde de toda tentativa para cumplir ese requisito esencial y el proceso se inicia con la notificación, por Edicto. El Edicto no puede utilizarse como medio de notificación, sino cuando hubiere sido imposible la notificación personal y esta imposibilidad debe constar por escrito con testimonio rendido, bajo la gravedad del juramento de la persona que ha sido encomendada para dar el aviso, testimonio en el que debe constar que no ha sido posible hallar el domicilio o que la persona que se trata no ha sido posible encontrarla'.

" De acuerdo a la anteriores fundamentaciones de tipo legal y procesal esta Administración considera :

" Que al recurrente asiste razón de impetrar la solicitud de revocatoria directa contra la Resolución N° 0722 de septiembre 10/80, de conformidad con lo establecido en los Artículos 21 y 22 del Decreto 2733/59, por su notificación manifiestamente contraria a la ley, incluso transgrediendo la Administración lo consagrado en los Artículos 10 y 11 del mismo ordenamiento toda vez que la fijación del Edicto se cumplió el día 12 de septiembre de 1980, y la resolución fue proferida el día 10 de septiembre del mismo año, que por parte de esta Administración se hubiese notificado personalmente al interesado o a su representante o apoderado dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición de la Resolución. "(fls. 188 y 189 Anexo 1).

Este claro reconocimiento de la Administración que, por lo demás tiene pleno respaldo probatorio en el proceso, demuestra que la Resolución 0722 se ejecutó indebidamente y que es fundada la reclamación de la actora.

Frente a esta realidad, resulta indiferente que la resolución 722 haya sido revocada o que las razones aducidas en favor y en apoyo de esa revocatoria sean equivocadas; carece de relevancia ese nuevo factor porque las pretensiones no se apuntalan en los actos sino en la ejecución indebida de los mismos.

D. La firma JOSE GERMAN FRANCO GIRALDO & CIA. S. en C., podía rescatar los vehículos antes de la ejecutoria de la providencia que decretó el abandono (artículos 25 del Decreto Extraordinario N° 849 de 1979), la cual se producía una vez que fuese *legalmente notificada* (artículo 10 y 11 del Decreto Extraordinario N° 2733 de 1959) y se hubiesen resuelto los recursos que, siendo procedentes, hubiera propuesto la interesada.

Como la notificación fué irregular, según lo reconoció la propia Administración de la Aduana, se sigue que, de lógica, no se ejecutorió la providencia y, por lo tanto, no podía producir *legalmente* los efectos que le eran propios.

Vistas así las cosas, pierde importancia el hecho de que se hubiese notificado o no la resolución N° 1757 de 197 de 1980 que concedía un plazo de treinta (30) días para nacionalizar la mercancía; ésta bien pudo estar notificada (aunque no hay

prueba de ello en el expediente), y sin embargo, la ilegalidad en la ejecución de la Resolución 722 continuaría igual; es que está última no es acto de ejecución de la primera como parece fué el pensamiento de la demandante; no; la resolución 722, al declarar el abandono de los 16 vehículos está constituyendo derechos en favor del Estado y es independiente de la resolución N° 1757.

E. De lo anterior fluye con facilidad la obligación que tiene la Nación de indemnizar los perjuicios irrogados a la demandante; dicha indemnización no se satisface simplemente a la devolución " del saldo liquido del producto del remate. . . previo el pago de todos los derechos y demás recargos. . . (parágrafo 2° artículo 12- Decreto N° 2012 de 1973), porque tal previsión legal es aplicable únicamente cuando el procedimiento de la declaración de abandono y de remate y/o adjudicación se ha sujetado al procedimiento regular. Ese no es el caso, como se ha visto, dicho procedimiento se obvió, generando, de consiguiente, una falla en el servicio que impone la indemnización total del daño.

Sin embargo, como en el momento no es posible establecer el monto de la indemnización, la condena se hará *in genere* para que se liquide, en incidente posterior, con arreglo a las siguientes bases :

1. Se tomarán los precios establecidos, en dólares norteamericanos en la facturas comerciales Nos. 4-5273 de 11 de noviembre; 4-5211, del 9 de noviembre; 4-5208 y 4-5209 del 8 de noviembre; 4-5078 y 4-5077 del 27 de octubre de 1977, al valor que tenía el dolar, según lo certifique el Banco de la República, para el 17 de abril de 1981.

2. Al total obtenido se aplicarán los intereses corrientes que certifique las Superintencia bancaria, año por año, cuidando de no liquidar intereses de intereses.

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

F A L L A :

PRIMERO: Declaráse que la NACION - Ministerio de Hacienda y Crédito Público es responsable de los perjuicios a la sociedad GERMAN FRANCO GIRALDO & CIA S. en C. con la venta por remate y adjudicación de 16 vehículos de su propiedad señalados en la primera parte de esta providencia.

SEGUNDO : Condénase a la Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público a pagar en favor de la sociedad demandante los perjuicios materiales que le ocasionó dicha operación administrativa.

TERCERO : Los perjuicios a que se refiere el ordinal anterior se liquidarán en incidente que se tramitará conforme al artículo 137 del C. de P. C. y deberá iniciar

el interesado dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

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

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

CONSEJO DE ESTADO
INDICE ALFABETICO DE ACTORES
SEGUNDO TRIMESTRE
AÑO DE 1992

Págs.

A

ALFONSO TRUJILLO MEJIA Y OTROS 434
ALFREDO CASTAÑO MARTINEZ Y O. 650
ALJOR S.A. 175
ALVARO HOLGUIN CASTAÑO 705
AMADA HELENA AVENDAÑO GALVIS 825
ANGELICA MARIA RUIZ DE HERNANDEZ 210

B

BANCO DEL COMERCIO 205
BEATRIZ DEL CARMEN CORREA DE RIVAS 719

C

CARBOCOL S. A. 318, 768
CAYETANO LONDOÑO 640
COLSEGUROS S. A. 98
CONCEPCION PANA IPUANA Y OTROS 488
CONSORCIO VIANINI ENTRECANALES 75

E

EDILBERTO DE J. MONTOYA Y OTRO 748
EDUARDO CLAROS ROJAS Y OTROS 293
ESTRUCTURAS CENO DE ANTIOQUIA S.A. 787

F

FABIOLA ARIZA DE LEON Y OTRA 315

G

GASEOSAS BOYACA S.A. 423
GILBERTO GUZMAN CELIS 216
GRACIELA SAIZ LUGO Y OTROS 816

H

HALKEDIS COSTALAS AND WIEMKEN 135
HUGO MUÑOZ PAZ Y OTROS 241

I

INCORA 87
INGENIERIA ELECTRONICA DISELEC, LTDA. 281
INVERSIONES Y BODEGAS LTDA. 257
ISABEL GUERRERO DE PORRAS 527

J

JAIME BAHAMON CORREA Y OTROS 510
JAIRO RICARDO Y OTROS 606
JOSE GERMAN FRANCO GIRALDO Y COMPAÑIA 839

L

LUBIER GONZALEZ CHAUX Y OTROS 594
LUIS ALFONSO MUÑOZ 107
LUIS ANIBAL MARIN MUÑOZ 44

M

MARCO AURELIO CLAVIJO GUERRERO 777
MARCO TULIO CESPEDES RODRIGUEZ Y OTROS 569
MARGARITA VILLA DE GOMEZ JARAMILLO 181
MARIA JAEL MONTOYA Y OTROS 554
MARIA MARLENY MAHECHA VDA. DE GARCIA 694
MARIO GUTIERREZ RIVERA 738
MARYSOL ARAUJO RENTERIA 126
MONICA LUCIA ZAMBRANO Y OTROS 539
MONICA PINILLA DE BEJARANO Y OTROS 226

O

OSCAR DE JESUS TOBON BUILES 406

P

PEDRO LEON MUÑOZ Y OTROS 1
PEREZ Y DUQUE LIMITADA 753

S

SALIM JOSE SUZ KURY 25, 784
SANCHEZ INGENIEROS LIMITADA 391
SOCIEDAD IMPORTADORA DIESEL DE COLOMBIA 521
SOCIEDAD MITSUI & CO. LTD. TOKIO 267
SOCIEDAD SEGUROS LA ANDINA S.A. 233
SOCIEDAD VASQUEZ Y SALAZAR ASFALTOS LTDA. 450
SONIS FRANCISCA MEDINA ROMERO Y OTROS 680

CONSEJO DE ESTADO
INDICE TEMATICO POR SECCIONES
SEGUNDO TRIMESTRE
AÑO DE 1992

SECCION TERCERA

A

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO: 210
ACCION DE REPARACION DIRECTA: 293, 839
ACTA DE LIQUIDACION: 459
ACTO ADMINISTRATIVO– Motivación: 87
ACTO CONTRACTUAL– (Salvamento de Voto): 98, 737, 766
ADJUDICACION DEL CONTRATO– Efectos: 406
ADMINISTRACION PUBLICA– Obligación Contractual: 406
ALLANAMIENTO– Improcedencia: 181
ANATOCISMO– Improcedencia: 181
ANULACION DE LAUDO ARBITRAL– Causales: 318
ANULACION DE LAUDO ARBITRAL– Límites: 318
ANULACION DE LAUDO ARBITRAL– Características: 318
APELACION ADHESIVA: 135
ARBITRAMIENTO– Modalidades: 75
ARBITRO: 318

C

CADUCIDAD: 135, 293, 737
CADUCIDAD DEL CONTRATO– Improcedencia: 267
CADUCIDAD DEL CONTRATO– Oportunidad: 25

CARGA DE LA PRUEBA: 126, 135, 226, 257, 488, 527, 694, 777
CAUCION– Improcedencia: 175
CLAUSULA ARBITRAL: 318
CLAUSULA DE CADUCIDAD: 737, 787
CLAUSULA DE COMPROMISO: 318
CLAUSULA LIMITATIVA DE RESPONSABILIDAD: 318
CLAUSULAS EXORBITANTES: 98
COMPENSACION– Diferencias: 434
COMPETENCIA: 226, 318, 737, 787
COMPETENCIA FUNCIONAL: 816
COMUNERO: 293
COMUNIDAD: 293
CONCURRENCIA DE CULPAS: 434, 680
CONDENA EN ABSTRACTO– Liquidación: 181
CONFESION– Improcedencia: 181
CONSCRIPTO: 510
CONTRATO ADMINISTRATIVO: 391
CONTRATO ADMINISTRATIVO– Cláusulas: 281
CONTRATO ADMINISTRATIVO– Ejecución: 25
CONTRATO ADMINISTRATIVO– Incumplimiento: 25, 98, 267, 391
CONTRATO ADMINISTRATIVO– Régimen aplicable: 318
CONTRATO ADMINISTRATIVO– Terminación: 459, 825
CONTRATO ADMINISTRATIVO– Violación: 753
CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL: 737
CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE TRANSPORTE– Diferencias: 135
CONTRATO DE CONCESION– Improcedencia: 241
CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACION: 737
CONTRATO DE OBRA PUBLICA– Suspensión: 25
CONTRATO DE SEGURO: 233
CONTRATO DE TRACTO SUCESIVO: 825
CONTRATO DE TRANSPORTE: 135
CONTRATO DE TRANSPORTE MARITIMO– Régimen aplicable: 135
CONTRATO DE TRANSPORTE– Régimen aplicable: 135
CONTROVERSIAS CONTRACTUALES: 98, 135, 175, 216, 737

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES– (Salvamento de Voto): 766
CORRECCION MONETARIA: 181, 318
CUANTIA– Estimación: 816
CULPA DE LA VICTIMA: 434
CULPA PERSONAL DEL AGENTE– Inexistencia: 1, 719

D

DAÑO ANTIJURIDICO: 107, 539
DEMANDA– Ineptitud: 210
DEMANDA– Requisitos: 527
DENUNCIA DEL PLEITO (Aclaración de Voto): 751
DENUNCIA DEL PLEITO– Improcedencia (Aclaración de Voto): 748
DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA– Afectación: 527
DERECHO DE DOMINIO: 205

E

ENTIDADES TERRITORIALES: 226
EQUIDAD: 44
ERROR ARITMETICO: 318, 768
EXCEPCIONES: 135
EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO: 391
EXPLOTACION DE MINAS– Limitaciones: 241
EXPLOTACION ECONOMICA: 257
EXPROPIACION: 87, 205
EXTINCION DEL DOMINIO: 257, 527

F

FALLA DEL SERVICIO: 226
FALLA DEL SERVICIO DE ADUANAS: 839
FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA: 554, 569, 640, 705, 719
FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA– Allanamiento: 44
FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA– Retenes: 680

FALLA DEL SERVICIO DE TRANSITO: 539
FALLA DEL SERVICIO DE TRANSITO– Inexistencia: 434, 777
FALLA DEL SERVICIO DE TRANSITO– Señalización: 434, 777
FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO: 1, 510
FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO– Retenes: 594
FALLA DEL SERVICIO DEL INCORA: 293
FALLA DEL SERVICIO MEDICO– Inexistencia: 694
FALLA DEL SERVICIO POR OMISION– Inexistencia: 777
FALLA DEL SERVICIO POR OMISION– Requisitos: 126
FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA: 594
FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA– Arma Oficial: 488
FALLA EN LA ELECCION: 1, 719
FALLA EN LA VIGILANCIA: 1, 719
FALSA MOTIVACION: 391
FUNDAMENTOS DE DERECHO: 527

G

GARANTIAS DEL CONTRATO– Exigibilidad: 98

H

HECHO DE UN TERCERO: 434
HECHO DEL TERCERO– Improcedencia: 521
HIDROCARBUROS: 650
HIJO EXTRAMATRIMONIAL: 510, 606
HIJO EXTRAMATRIMONIAL– Reconocimiento: 606

I

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS: 391, 521
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS– Régimen aplicable: 539
INTEGRACION DEL CONTRADICTORIO: 293
INTERES: 521

INTERES SOCIAL: 87
IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY: 318
IURA NOVIT CURIA– Improcedencia: 527

J

JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA: 226, 737, 787
JURISDICCION ROGADA: 210, 527

L

LAUDO ARBITRAL: 75, 318
LAUDO EXTRA PETITA: 318
LAUDO ULTRA PETITA: 318
LEGITIMA DEFENSA– Inexistencia: 705
LEGITIMACION POR ACTIVA: 216, 510, 606
LEY EN EL TIEMPO: 318
LIQUIDACION DE CONDENA– Aceptación: 181
LIQUIDACION DE CONDENA– Actualización; 181
LIQUIDACION DEL CONTRATO: 459, 753
LIQUIDACION DEL CONTRATO– Consecuencias: 267
LIQUIDACION DEL CONTRATO– Improcedencia: 135
LIQUIDACION DEL CONTRATO– Naturaleza (Salvamento de Voto): 766
LIQUIDACION DEL CONTRATO– Término: 391
LITIS CONSORCIO NECESARIO: 293
LUCRO CESANTE: 521
LUCRO CESANTE– Improcedencia: 318

M

MORA: 281
MORA– Improcedencia: 521
MULTA: 281

O

OBLIGACION DE MEDIO: 694
OBLIGACION DE RESULTADO: 521
OFERTA DE CONTRATO: 787
OPERACION ADMINISTRATIVA: 839

P

PARTICIPACIONES: 650
PERJUICIOS MATERIALES A INDIGENAS: 488
PERJUICIOS MORALES: 1
PERJUICIOS MORALES– Presunción: 554
PERJUICIOS MORALES– Tasación: 44
PERJUICIOS MORALES A HERMANO POSTUMO– Improcedencia: 107
PERJUICIOS MORALES A HERMANOS: 594
PERJUICIOS MORALES EN CONTRATOS– Improcedencia: 784
PERMISO DE EXPLOTACION– Requisitos: 241
PERPETUATIO JURISDICTIONIS– Improcedencia: 787
PERSUACION RACIONAL: 539
PETICION ANTICIPADA– Improcedencia: 135
PODER ESPECIAL: 315
PODER ESPECIAL– Referencia: 434
POLIZA ESPECIFICA DE SEGURO DE TRANSPORTE DE MERCANCIAS: 233
PREJUDICIALIDAD PENAL– Improcedencia: 816
PRESCRIPCION: 205
PRESCRIPCION– Interrupción: 135
PRESUNCION DE VERACIDAD: 753
PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL: 527
PRINCIPIO DE CONGRUENCIA: 318, 816
PRINCIPIO DE EFICACIA: 175
PRINCIPIO DE IGUALDAD FRENTE A LAS CARGAS PUBLICAS: 107
PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: 44, 705
PRINCIPIO DISPOSITIVO: 318

PROPIEDAD PRIVADA– Función social: 205
PROPUESTA: 787
PRUEBA TRASLADADA: 816
PRUEBAS: 606
PRUEBAS– Valoración: 539

R

RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL: 75
RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL– Trámite: 75
RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION: 315
REFORMATIO IN PEJUS– Improcedencia: 135
REGALIAS: 650
RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL: 753
RESPONSABILIDAD OBJETIVA: 107, 521
RESPONSABILIDAD POR ALMACENAJE: 521
RESPONSABILIDAD POR DAÑO ESPECIAL: 107
RESPONSABILIDAD POR EL SERVICIO DE ADMINISTRACION DE JUSTICIA: 423
RESPONSABILIDAD SOLIDARIA: 434

S

SENTENCIA: 434
SENTENCIA PENAL: 816
SENTENCIA– Aclaración 768
SENTENCIA– Corrección: 768
SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA: 226

T

TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO: 318
TERMINOS– Interrupción: 434
TESTIMONIO– Valoración: 135
TRANSACCION– Inexistencia: 459

TRANSITO DE LEGISLACION: 135
TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO: 318
UTILIDAD PUBLICA: 87

CONSEJO DE ESTADO
INDICE DE NORMAS DEMANDADAS
SEGUNDO TRIMESTRE
AÑO DE 1992

DECRETOS DEL GOBIERNO

Págs.

DECRETO 545 DE 15 DE MARZO DE 1989; artículo 1o. y parágrafos 2o. y 3o. 650

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