

## **RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPPLICA - Procedencia. Contradicción jurisprudencial / ACCION DE REPARACION DIRECTA - Caducidad / TRANSITO DE LEGISLACION - Ley en el tiempo**

En los asuntos de reparación directa el actor, para efectos de interponer la acción, disponía de un plazo de tres (3) años, contados a partir de la ocurrencia del hecho perjudicial. Así lo establecía el artículo 28 del Decreto 528 de 1964, en los siguientes términos: "La competencia para conocer de las acciones indemnizatorias por hechos u operaciones de la administración esta condicionada a que dichas acciones se instauren dentro de los tres años siguientes a la realización del hecho u operación correspondiente". El nuevo Código Contencioso Administrativo en su artículo 136, inciso 4o., introdujo el término de caducidad para ordenar que: "La de reparación directa (se entiende la acción) caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos". Entiende la Sala que esta norma opera solamente para el futuro y es aplicable únicamente para la caducidad de las acciones originadas en hechos ocurridos después del 1o. de marzo de 1984, iniciación de la vigencia del citado Código; mientras que el plazo de los tres (3) años contemplado en el artículo 28 del Decreto 528 de 1964 rige para las acciones indemnizatorias derivadas de acontecimientos anteriores. La sentencia recurrida, interrumpe, o mejor, da por expirado el plazo otorgado al perjudicado en virtud del artículo 28 del Decreto 528 de 1964, para en su lugar aplicarle uno nuevo, el del artículo 136, inciso 4o. del Código Contencioso Administrativo, argumentando que no puede alegarse un derecho adquirido a un determinado término procesal, como el de caducidad. La circunstancia anterior, al parecer de la Sala constituye una marcada contradicción a la jurisprudencia, por parte de la sentencia recurrida, pues mientras aquella a hechos anteriores a la vigencia del Código aplica el plazo establecido en el artículo 28 del Decreto 528 de 1964; reclama respeto a dicho lapso prescriptivo, y reconoce en favor del perjudicado una situación jurídica concreta; ésta, a los acontecimientos ocurridos el 20 de agosto de 1983 aplica en forma retroactiva las disposiciones que sobre caducidad contempló el Decreto 01 de 1984, desconociendo la situación jurídica y el mismo plazo que en favor del damnificado había estructurado la ley vigente en el momento de los lamentables hechos. De conformidad con las apreciaciones anteriores resulta claro que la conclusión a que llegó la Sección Tercera en el fallo suplicado, contraria la jurisprudencia citada; en tales circunstancias prospera el recurso de súplica interpuesto contra su decisión y debe entonces procederse a dictar la providencia que la sustituya, en este caso la que resuelva el recurso de apelación instaurado por el actor, junto con la que resuelva el grado de consulta.

## **PERJUICIOS MORALES A HERMANOS - Para el reconocimiento se requiere la demostración plena del afecto que hubiera existido entre ellos y el finado**

Para el reconocimiento de los perjuicios morales a hermanos, se requiere la demostración plena del afecto que hubiera existido entre ellos y el finado, dejando la operancia de la presunción de los perjuicios únicamente respecto de los parientes próximos de la víctima: padres e hijos y cónyuges entre sí.

## **FALLA DEL SERVICIO DE LA POLICIA - Probada / PERJUICIOS MORALES - A padres, cónyuge e hijo**

Teniendo en cuenta que se conoce también aquí el grado de consulta, para la Sala, la valoración jurídica y fáctica que hizo el a-quo para dar por estructurada la

falla del servicio, no merece reparo alguno. En el proceso quedó debidamente demostrado con testimonios rendidos que el señor Luis Fernando Giraldo Builes, miembro activo del Ejército de Liberación Nacional según pruebas allegadas con posterioridad, fue detenido por agentes de la Policía Nacional; conducido en primer término a la Estación de Policía San Joaquín y luego remitido al día siguiente al F-2, sin que sus familiares hubieran vuelto a saber de él a pesar de las numerosas averiguaciones sobre su paradero y de la guardia que montaron en las instalaciones de los organismos de seguridad durante la tarde del 17 de agosto, hasta cuando, por informaciones de prensa, se dieron cuenta de su atroz asesinato. Probada la calidad de funcionarios en servicio activo de los agentes y oficiales de la Policía que intervinieron en los hechos, la captura y posterior reclusión de Giraldo Builes, tanto en la Policía como en el F-2, según constancia de la Estación de San Joaquín, y aportados al informativo el certificado de defunción y la diligencia de necropsia que acreditan la muerte del capturado, y además valorada la prueba indiciaria destacada por el Tribunal, no puede menos la Sala que concluir con el a-quo, que falló la administración en su primerísima obligación de garantizar la vida y la integridad de las personas, cualesquiera que sean las circunstancias en que se encuentren. La falla del servicio así probada junto con el daño causado y demostrado en relación con algunos demandantes, a raíz de la muerte del señor Giraldo Builes, y deducido el nexo causal entre dicha falla del servicio y el mismo daño, deben considerarse acreditados los elementos axiológicos de la acción resarcitoria interpuesta por la parte actora. Confirmará también la Sala la condena que hizo el a - quo al pago de los perjuicios morales, por un mil gramos oro para los padres, la esposa y el hijo del occiso, acreditado como está su parentesco próximo y tasada como se halla dicha condena según sano criterio del juzgador.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA PLENA**

#### **Consejero ponente: YESID ROJAS SERRANO**

Santa fe de Bogotá, D.C., ocho (08) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991)

**Radicación número: S-139**

**Actor: JESUS MARIA GIRALDO Y OTROS**

**Demandado: POLICIA NACIONAL**

**Referencia:** Recurso extraordinario de súplica.

Entra la Sala a decidir el recurso extraordinario de súplica interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por la Sección Tercera de la Corporación, el 24 de noviembre de 1989, mediante la cual se revocó la sentencia de 31 de marzo de 1989 del Tribunal Administrativo de Antioquia y en su lugar se declaró que en el proceso se había producido la caducidad de la acción propuesta.

El recurso de súplica se halla establecido en el artículo 130 del Decreto 2304 de 1989 en los siguientes términos:

"Recursos Extraordinarios y Asuntos remitidos por las Secciones. Habrá recurso de súplica, ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, excluidos los Consejeros de la Sala que profirió la decisión, contra los autos interlocutorios o las sentencias proferidas por las secciones cuando, sin la aprobación de la Sala Plena, se acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la Corporación.

"En el escrito en que se interponga el recurso se indicará, en forma precisa, la providencia en donde conste la jurisprudencia que se repute contrariada. El recurso podrá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del auto o de la sentencia...".

## **ANTECEDENTES**

### **1. - Tipo de Acción.**

La ciudadana Ana Bertha Marulanda obrando en su propio nombre y en representación del menor Manuel Alejandro Giraldo Marulanda y otros demandantes, en ejercicio de la acción de reparación directa y cumplimiento, consagrada en el artículo 86 del C.C. A. (Decreto 01 / 84), impetró la declaratoria de responsabilidad de la Nación Colombiana, con precisión en las pretensiones de pago por perjuicios morales y materiales sufridos "... a causa de la retención ilegal, tortura y posterior muerte violenta del señor Luis Fernando Giraldo Builes, quien falleció el día 20 de agosto de 1983, en el Municipio de Medellín...".

### **2. - Causa Petendi.**

Como situaciones de orden fáctico, conformativos de la causa petendi, se consignan en el libelo demandatorio, los que la Sala se permite sintetizar así:

a. Luis Fernando Giraldo Builes cursó estudios de Antropología en la Universidad de Antioquia, hasta el mes de mayo de 1982, de la cual se retiró para dedicarse a la actividad de conductor de taxi.

b. En agosto 17 de 1983, fue retenido por agentes uniformados de la Policía Nacional en el Barrio La Floresta de la ciudad de Medellín y conducido a la sub - estación 11 ubicada en la carrera 68, cruce con circular 3a., según dato suministrado por allegados y vecinos. Fue trasladado posteriormente al F - 2 de la Policía, en la carrera 76 donde permaneció algún tiempo y donde fue buscado por sus conocidos.

c. El día 20 de agosto del precitado año su cuerpo fue encontrado dinamitado, atado a un poste de energía, con huellas de tortura.

d. Al morir Luis Fernando dejó como dolientes a su esposa, hijo, padres y hermanos, quienes padecen perjuicios materiales, puesto que ayudaba a la subsistencia de los mismos, así como el quebranto "... por el vacío afectivo dejado...".

### **3. - Decisión.**

Ritudo el proceso, culminó con sentencia en la cual se accedió a las declaraciones de responsabilidad impetradas y consecuentemente se profirió condena a la Nación Colombiana al pago, por concepto de perjuicios morales del equivalente en pesos de mil (1.000) gramos oro. Y como se lee en la decisión proferida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Antioquia: "... según

el valor que tenga el 31 de mayo de 1989, para cada una de las siguientes personas: Ana Bertha Marulanda de Giraldo, Bernarda Builes Monsalve, Jesús María Giraldo Alzate y Manuel Alejandro Giraldo Marulanda (numeral tercero de la parte resolutive) y al pago de \$99.800.00 a favor del señor Jesús María Giraldo por daño emergente" (numeral cuarto ibídem). Se deniegan las demás súplicas (numeral sexto ibídem).

El no reconocimiento de perjuicios morales "... para los hermanos del muerto" y de perjuicios materiales "al menos para los padres, esposa e hijo" sólo en forma parcial, fue motivo de apelación de la sentencia proferida por el a - quo.

#### **4. - La sentencia recurrida.**

Es la proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo—Sección Tercera - - de fecha 24 de noviembre de 1989 en el proceso en el que fuera actor Jesús María Giraldo y otros y parte demandada la Nación - Ministerio de Defensa Nacional.

Dice así la mencionada providencia:

"1o. - Para el correcto entendimiento sobre la procedencia de la decisión que ha de adoptarse, debe tenerse en cuenta que la Sala conoce de este asunto tanto por razón del recurso de apelación como en grado de consulta, puesto que la sentencia, según lo relatado, impone una obligación a cargo de la Nación (art. 184 del C.C.A.).

"2o. - Ahora bien, de acuerdo con lo expuesto en la demanda, los hechos fundamentales en los que descansa el fundamento de las pretensiones, se sucedieron entre el 17 de agosto de 1983, cuando el señor "Giraldo Builes fue retenido por unidades de la Policía Nacional" y el 20 del mismo mes y año cuando "su cuerpo fue encontrado dinamitado, atado a un poste de cemento".

"3o. - La demanda fue presentada ante el Tribunal Administrativo de Antioquia el 19 de marzo de 1986 (fl. 46 y vto., C.1.).

"4o. - Así las cosas, aparece evidente que cuando se inició el proceso, éste, o la acción, estaba ya caducado y por ello, no ha debido admitirse la demanda (arts. 85 del C. de P.C. y 267 del C.C.A.).

"En efecto, como lo dijo esta Corporación en fallo del 22 de mayo de 1987 (Expediente No. 4955 Consulta. Actor Dioselina Arce Castaño, Anales, Primer Semestre de 1987, páginas 976 y ss.):

""a) Los asuntos de reparación directa venían sometidos al término de caducidad de 3 años, señalado en el artículo 28 del Decreto 528 de 1964, contados a partir de la ocurrencia del hecho perjudicial.

""b) El nuevo Código Administrativo redujo ese término a dos años (art. 136, Inc. 4o.).

""c) La aplicación de esta norma es sólo para el futuro y en principio únicamente para la caducidad de las acciones derivadas de hechos ocurridos después del 1o. de marzo de 1984 (iniciación de la vigencia del Código).

""d) La caducidad de las acciones por hechos anteriores está gobernada, por regla general, por el artículo 28 del Decreto 528. Pero como no puede alegarse un derecho adquirido a un determinado término procesal, como es el de caducidad, la regla que lo modifica es de aplicación inmediata.

""De allí que si cuando empezó a regir el Código Administrativo faltaba por correr menos de los 2 años señalados en éste, la caducidad se gobierna en un todo por el término vigente cuando ocurrió el hecho perjudicial; pero si faltaban más de dos años y no se había presentado la demanda, ésta tenía que formularse a más tardar el 1o. de marzo de 1986, fecha de vencimiento del nuevo plazo.

""Se entiende esto no sólo por el hecho inmediato y hacia el futuro que tienen las normas procesales, sino porque el principio contenido en el artículo 41 de la Ley 153 de 1887 sólo es aplicable en materia de prescripción, que le permite al prescribiente optar entre uno y otro término, según su conveniencia".

"En otras palabras, de acuerdo con los principios de que trata la jurisprudencia transcrita, los tres (3) años del término de caducidad que venían corriendo desde cuando ocurrió el último de los hechos perjudiciales (agosto 20 de 1983) se tenía que consumir dentro de los dos (2) años siguientes al 1o. de marzo de 1984, sin exceder los dos (2) años contados a partir de la vigencia de la nueva Ley (Decreto 31 de 1984), para que fuera aplicable el plazo de caducidad que había establecido el artículo 28 del Decreto 528 de 1964.

"Acomodando tales ideas al caso concreto resulta:

"ocurrencia del hecho agosto 20 de 1983. Si el Código Contencioso Administrativo no hubiera cambiado el término, la demanda se habría podido presentar hasta el 20 de agosto de 1986, pero como la nueva ley redujo el término a dos (2) años y cuando empezó a regir (marzo 1o. de 1984) aún no se había presentado la demanda, al presentarse ésta el 19 de marzo de 1986, quiere decir que habían corrido más de los dos (2) años señalados por la nueva ley, que, se repite, por su naturaleza, era de aplicación inmediata".

## **5. - - Motivo del recurso y jurisprudencias contrariadas.**

La providencia, materia del recurso, declara la caducidad de la acción, circunscribiendo entonces el análisis a un punto concreto de técnica jurídica: la aplicación de la ley en el tiempo, ya que cuando ocurrieron los hechos (agosto 20 de 1983), hall base vigente el artículo 28 del Decreto 528 de 1964, y cuando se incoó la demanda (mayo 19 de 1986) ya había entrado a regir el nuevo Código Administrativo. La ley anterior consagraba un término de tres años para ejercer la acción en tanto que el nuevo estatuto procesal en su artículo 136, inciso 4o., estableció un término de dos años.

La recurrente cita como contrariadas las siguientes jurisprudencias de Sala Plena:

a. Providencia de 24 de agosto de 1982, expediente No. 10895, Actor: Alba Lucia Méndez García y otros. Anales del Consejo de Estado, Tomo CIII, Consejero Ponente: Dr. Eduardo Suescún Monroy, en la cual se dijo:

"El suplicante funda su recurso en que la vigencia del artículo 28 del Decreto 528 de 1964, comenzó por disposición legal (artículo 1o. 1822 de 1964) (sic), a partir del 1o de agosto de 1965 y que, en consecuencia, no se puede aplicar dicha norma a hechos anteriores, dice:

""hasta julio 31 de 1965 y por hechos u operaciones administrativas ocurridos hasta esa fecha, en acciones de responsabilidad extracontractual contra la Nación se aplicó el artículo 2536 del Código Civil que preceptuaba un término de veinte (20) años para el ejercicio de la acción ordinaria".

""Al día siguiente empezó la vigencia de la norma de orden público que introdujo la caducidad para esas acciones, cuando no fuesen ejercidas en el plazo de los tres años siguientes a la realización del hecho u operación, o sea a partir del día siguiente al hecho u operaciones correspondientes. Así es como corre y se computa el término de caducidad".

"Es decir que hasta julio 31 de 1985 tendrá aplicación el término de la acción ordinaria contemplada en el artículo 2536 del Código Civil, para el ejercicio de acciones de responsabilidad extracontractual por hechos y operaciones ocurridos hasta ese día.

""Sólo a partir del 1o. de agosto de 1985 podrá ser rechazado su ejercicio en forma total y definitiva.

""La falla en el servicio que fundamentó el ejercicio de la acción contenida en nuestra demanda, en este caso, sucedió en diciembre 24 de 1961 por lo cual teníamos plazo hasta el 24 de diciembre del año 1981, como lo hicimos en diciembre 12 de 1981 fue oportuna y debe ser admitida. Porque el artículo 41 de la Ley 153 de 1887 permite al demandante en casos como este acogerse al término de los veinte (20) años".

"... Conforme esta norma (artículo 41 de la Ley 153 de 1887) y con relación a los hechos acaecidos el 24 de diciembre de 1961, la parte actora tenía derecho hasta el 24 de diciembre de 1981, a optar bien por el sistema de la prescripción, imperante entonces, el cual según jurisprudencia unánime era el de la prescripción civil ordinaria, o atenerse al nuevo sistema de la caducidad de la acción, vigente desde agosto de 1965 y que implica reducción del periodo extintivo. Al demandar el 12 de diciembre de 1981 (folio 111) optó por hacerlo al amparo de la prescripción veintenaria, según su expresa manifestación (folio 108), en estas circunstancias, resulta evidente que la parte actora ha actuado de mano de la ley y que su opción, tutelada por una norma especial y exceptiva, debe producir todos los efectos jurídicos. En consecuencia, tiene derecho a que su demanda sea considerada bajo el sistema de la prescripción civil.

"... Al ocurrir el siniestro de que trata la demanda, en diciembre de 1961, se constituyó automáticamente, por obra de la ley, una situación jurídica concreta en favor de los damnificados, consistente en quedar como titulares del derecho a reclamar indemnización por el daño sufrido. Ese derecho subjetivo incluía necesariamente su posibilidad real de ejercicio el cual, gobernado entonces por el sistema de la prescripción, debe respetarse plenamente mientras se cumple el lapso de la prescripción respectiva, dado que ésta es una garantía de carácter civil contra la cual no cabe la aplicación retroactiva de la ley. En consecuencia, en este caso los actores están amparados para pedir y obtener ahora la intervención de la jurisdicción. Y no cabe en contra suya, para estos efectos, sino la excepción de prescripción, a iniciativa de la parte demandada. Es lo mismo que ocurre actualmente con la persona que ejercita la acción administrativa contractual por nulidad de contrato (art. 2o. de la Ley 50 de 1936); está amparada por la prescripción y en consecuencia, la jurisdicción ante una demanda en tal sentido

no tiene otra alternativa que ordenar la apertura del juicio, como igualmente habrá de hacerse aquí".

b. Sentencia de marzo 2 de 1982, Sala Plena, Actor: Elíseo López Hidalgo y otra:

"Aunque en este juicio no se ha propuesto la excepción de prescripción ni ha sido objetada la vigencia de la acción, resulta importante aclarar que el presente juicio se rige por el antiguo sistema de la prescripción ordinaria civil y no por el nuevo de la caducidad administrativa establecido para las acciones indemnizatorias por el decreto 528 de 1964. En efecto así lo indica el artículo 41 de la ley 153 de 1887 y así lo ha resuelto el Consejo en forma reiterada, dado que los hechos ocurrieron en 1956, cuando el régimen aplicable era el de la prescripción civil". (Expediente 10808, Ponente, Dr. Eduardo Suescún).

c. Sentencia de febrero 15 de 1985, expediente No. 11045, Actor: Industria de Licores del Valle:

"Por lo demás, la orientación mayoritaria de esta misma Sala muestra cómo el régimen aplicable para aquellas acciones de reparación directa por hechos anteriores a la vigencia del decreto 528 de 1964, es el de la prescripción extintiva y no el de la caducidad impuesta en el artículo 28 del antecitado decreto, por no tener esta norma efectos retroactivos".

#### **CONSIDERACIONES DE LA SALA:**

En los asuntos de reparación directa el actor, para efectos de interponer la acción, disponía de un plazo de tres (3) años, contados a partir de la ocurrencia del hecho perjudicial.

Así lo establecía el artículo 28 del Decreto 528 de 1964, en los siguientes términos:

"La competencia para conocer de las acciones indemnizatorias por hechos u operaciones de la administración est condicionada a que dichas acciones se instauren dentro de los tres años siguientes a la realización del hecho u operación correspondiente".

El nuevo Código Contencioso Administrativo en su artículo 136, inciso 4o., introdujo el término de caducidad para ordenar que:

"La de reparación directa (se entiende la acción) caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos".

Entiende la Sala que esta norma opera solamente para el futuro y es aplicable únicamente para la caducidad de las acciones originadas en hechos ocurridos después del 1o. de marzo de 1984, iniciación de la vigencia del citado Código; mientras que el plazo de los tres (3) años contemplado en el artículo 28 del Decreto 528 de 1964 rige para las acciones indemnizatorias derivadas de acontecimientos anteriores.

Como quiera que los hechos de que trata el asunto planteado ocurrieron el 20 de agosto de 1983 (antes del 1o. de marzo de 1984), lógico es concluir que la situación con ellos creada, está gobernada por el artículo 28 ya citado.

La providencia del 24 de agosto de 1982, citada como contrariada por el recurrente y en la cual la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, dentro de una acción instaurada el 12 de diciembre de 1981, conoció de hechos ocurridos el 24 de diciembre de 1961, permite extractar las siguientes conclusiones:

1o. - Conforme al artículo 14 de la Ley 153 de 1887 "y con relación a los hechos acaecidos el 24 de diciembre de 1961, la parte actora tenía derecho hasta el 24 de diciembre de 1981, a optar bien por el sistema de la prescripción, operante entonces, el cual según jurisprudencia unánime era el de la prescripción civil ordinaria, o atenerse al nuevo sistema de la caducidad de la acción, vigente desde agosto de 1965 y que implica reducción del período extintivo".

2o. - Que dicha opción tutelada por una norma especial y exceptiva, debe producirse todos los efectos jurídicos.

3o. - Que al ocurrir el siniestro, se constituye automáticamente, por obra de la ley, una situación jurídica concreta en favor de los damnificados, consistente en quedar como titulares del derecho, a reclamar indemnización por el daño sufrido.

4o. - Que esta situación jurídica concreta y el derecho subjetivo que implica, debe respetarse plenamente mientras se cumple el lapso de la prescripción respectiva, "dado que ésta es una garantía de carácter civil contra la cual no cabe la aplicación retroactiva de la ley".

Las otras dos sentencias traídas por el actor como violadas coadyuvan en parte la precitada, en el sentido de que las acciones originadas en hechos acaecidos con anterioridad a la vigencia del Decreto 528 de 1964 se rigen por el antiguo sistema de la prescripción y no por el nuevo de la caducidad de la acción establecida en el premencionado estatuto.

Aplicando las premisas anteriores al caso controvertido, tenemos que concluir, en primer lugar, que el actor tenía plazo para instaurar la acción, hasta el 20 de agosto de 1986, si en cuenta se tiene que los hechos ocurrieron el 20 de agosto de 1983. Lo anterior en razón a que como lo expresa la providencia de la Sala Plena, la producción del hecho perjudicial causa en el damnificado un derecho subjetivo que debe reconocérsele durante todo el plazo que la ley vigente al tiempo del hecho, le otorga para reclamar perjuicios.

No obstante lo expresado en la jurisprudencia comentada, la sentencia recurrida, interrumpe, o mejor, da por expirado el plazo otorgado al perjudicado en virtud del artículo 28 del Decreto 528 de 1964, para en su lugar aplicarle uno nuevo, el del artículo 136, inciso 4o. del Código Contencioso Administrativo, argumentando que no puede alegarse un derecho adquirido a un determinado término procesal, como el de caducidad.

La circunstancia anterior, al parecer de la Sala constituye una marcada contradicción a la jurisprudencia, por parte de la sentencia recurrida, pues mientras aquélla a hechos anteriores a la vigencia del Código aplica el plazo establecido en el artículo 28 del Decreto 528 de 1964; reclama respeto a dicho lapso prescriptivo, y reconoce en favor del perjudicado una situación jurídica concreta; ésta, a los acontecimientos ocurridos el 20 de agosto de 1983 aplica en forma retroactiva las disposiciones que sobre caducidad contempló el Decreto 01 de 1984, desconociendo la situación jurídica y el mismo plazo que en favor del



damnificado había estructurado la ley vigente en el momento de los lamentables hechos.

Y aunque la jurisprudencia invocada por el suplicante contempla el fenómeno de la prescripción en frente de la caducidad, nada obsta para aplicar lo dicho allí, a dos plazos de caducidad, porque al fin y al cabo tanto el uno como los otros, deben respetarse mientras se cumplen, pues amparan o respaldan si los términos se admiten - - , una situación jurídica concreta que no puede ser desconocida por normas procedimentales.

De conformidad con las apreciaciones anteriores resulta claro que la conclusión a que llegó la Sección Tercera en el fallo suplicado, contraria la jurisprudencia citada; en tales circunstancias prospera el recurso de súplica interpuesto contra su decisión y debe entonces procederse a dictar la providencia que la sustituya, en este caso la que resuelva el recurso de apelación instaurado por el actor, junto con la que resuelva el grado de consulta.

Con el recurso de apelación pretende el demandante:

Que se condene a la Nación al pago de los perjuicios morales ocasionados a todos y cada uno de los hermanos con la muerte de LUIS FERNANDO GIRALDO BUILES, a razón de 1000 gramos de oro puro, al precio que certifique el Banco de la República en la fecha en que QUEDE EN FIRME LA SENTENCIA, no a la fecha de la sentencia; que se reconozcan los perjuicios materiales, al menos para los padres, la esposa y el hijo, y que el daño emergente sobre los gastos de entierro se actualicen desde la fecha de los gastos.

Lo anterior en razón a que la sentencia apelada no reconoce perjuicios morales a los hermanos del occiso "toda vez que no fueron probados los supuestos fácticos indispensables para dictar condena en su favor, tales como las relaciones de afecto, convivencia, solidaridad, armonía familiar, etc., que originan el dolor o daño moral reclamado". Además tampoco se accedió al reconocimiento de los perjuicios materiales, pues en este aspecto el Tribunal consideró no probada la circunstancia de que el señor Giraldo Builes estuviera desarrollando una actividad productiva lícita al momento de su captura y posterior muerte.

#### **Del reconocimiento de los perjuicios morales para los hermanos del difunto.**

En relación con ese punto el recurrente glosa la decisión del Tribunal, argumentando "que es la unidad, el amor y el cariño lo que se presume y, el odio, la insolidaridad, la desarmonía y la desunión lo que debe demostrarse. Que los únicos presupuestos fácticos que deben demostrarse son el registro de matrimonio de los padres y el de nacimiento de los hermanos.

No pretende la Sala, en tratándose de los perjuicios morales, desconocer el dolor y el daño extrapatrimonial que puede causar en la familia la muerte de uno de sus miembros, sobre todo cuando el deceso ocurre como en el caso de autos, en forma desgarradora y violenta.

Sin embargo, de conformidad con jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado, estos perjuicios morales no en todos los casos se presumen, pues en relación con los hermanos del desaparecido se requiere la demostración plena del afecto que hubiera existido entre ellos y el finado" dejando la operancia de tal presunción únicamente respecto de los parientes próximos a la víctima, en otras palabras limitándola a los padres e hijos y cónyuges entre sí.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia 082 del 7 de febrero de 1989, Consejero Ponente: Dr. Miguel González Rodríguez, expediente No. S - 067, Actor: Juan Evangelista Mesa Hernández, al conocer en súplica de una sentencia en la cual, para el reconocimiento de perjuicios morales para los hermanos, se exigía la plena prueba del afecto y de la comunidad espiritual en distintos momentos de la vida, expresó:

"Ciertamente, de la simple comparación de las tesis jurisprudenciales transcritas aparece que en la sentencia suplicada se exige una prueba adicional, la del afecto y comunión espiritual existente entre los hermanos en distintos momentos de la vida, que no se venía exigiendo para el reconocimiento de la indemnización por el daño moral subjetivo a favor de los hermanos de la víctima. Pero tampoco podría afirmarse con base en tales precedentes que la jurisprudencia actual de la Corporación sea la de presumir el perjuicio moral subjetivo por el solo hecho del parentesco, porque la jurisprudencia a este respecto no ha sido uniforme, y así como en ocasiones ha condenado a su resarcimiento sin más pruebas que la del vínculo familiar (Sentencia de marzo 1 de 1984), en otras oportunidades ha exigido pruebas adicionales, (Sentencia de abril 27 de 1984), o ha reducido el ámbito de la presunción a los padres y a los hijos.

"Conviene, en consecuencia, precisar la jurisprudencia de la Corporación sobre este punto, por cierto, muy debatido en la doctrina nacional y extranjera.

"No existe duda para la Sala acerca de la resarcibilidad de los llamados perjuicios extrapatrimoniales, entre ellos el daño moral subjetivo consistente en la afección de los sentimientos íntimos de la persona. Por consiguiente, todo aquél que acredite haber sufrido un perjuicio extrapatrimonial tiene derecho a la correspondiente indemnización.

"El problema radica en la prueba del daño y en su evaluación monetaria, por cuanto se refiere a bienes de la personalidad que no poseen valor económico determinable. La doctrina moderna reconoce que dada la naturaleza misma del daño, este no puede demostrarse mediante pruebas directas, pero exige que quien pretenda su satisfacción debe probarlo mediante indicios o por otros medios que lleven al fallador a la convicción de su existencia e intensidad. En nuestro medio, tanto la Corte Suprema de Justicia como esta Corporación, vienen aceptando de tiempo atrás la presunción de los perjuicios morales subjetivos en los parientes próximos de la víctima, limitando el ámbito de su aplicación a los padres e hijos y cónyuges entre sí, presunción que se apoya o fundamenta en el sentido común y la experiencia, por ello denominada "presunción de hombre", la que obviamente, puede ser desvirtuada por la parte demandada.

"El sentenciador apreciará en cada caso las pruebas aportadas al proceso en conjunto, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, conforme lo ordena el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil y, por lo mismo, no es permitido a la jurisprudencia establecer requisitos, formas especiales o reglas para su valoración en razón del tiempo, la edad, el parentesco, la posición social o la condición económica de los demandantes o de la víctima directa. Las relaciones afectivas de las personas no obedecen a reglas formales que puedan fijarse de antemano y, si bien la experiencia permite presumir la existencia del daño moral entre parientes próximos, no ocurre lo mismo con su intensidad, aspecto que siempre deber probarse dentro del proceso".

También la Sala Plena, en sentencia No. 0381 de mayo 18 de 1990 con ponencia de la Doctora Clara Forero de Castro, expediente S - - 121, consecuente con lo expresado en la del 7 de febrero de 1989 ya citada, anota "que no es que la Corporación niegue el derecho al resarcimiento del daño moral que pueden sufrir los parientes de la víctima sino que se trata de un problema esencialmente probatorio. Es decir, los daños, cualquiera que ellos sean, patrimoniales o extrapatrimoniales, pueden y deben ser resarcidos, pero ellos no se presumen sino que deben ser demostrados por quienes los reclaman, excepto cuando quienes sufren los morales son los padres, hijos o cónyuges".

Ubicado el problema en el campo probatorio se observa para el caso de autos que es precisamente allí donde se advierte la falta de una demostración plena y suficiente del afecto, y la comunidad espiritual que hubieren podido existir entre los hermanos y el difunto, sobre los cuales pudiera fundamentarse el dolor o daño moral reclamado.

Porque los testimonios de LUZ NORELA BEDOYA DE BUILES y GERARDO ANTONIO BUILES (folios 242 y 248 del cuaderno No. 1), fundamentos del actor para tratar de demostrar el afecto y la unidad familiar y para quienes el occiso era muy buena persona tanto en la familia como en las amistades; se la llevaban muy bien todos y constituían una familia sin problemas y muy unida, no son concretos ni específicos en la razón de sus apreciaciones, amén de que no exponen circunstancias de tiempo, modo y lugar que le permitan al juzgador deducir la efectividad y la intensidad del afecto.

A lo anterior cabría agregar, de un lado el parentesco de los declarantes con la familia del difunto como que eran tíos de éste, circunstancias que si bien es cierto no serían suficientes para descartar sus testimonios, si pueden llegar a suponer por parte de ellos algún interés en el proceso; y de otro, la imposibilidad por parte de la víctima de vivir en comunidad espiritual con sus allegados, si en cuenta se tiene que Luis Fernando Giraldo Builes se encontraba huyendo, según dicen los mismos testigos. Esta circunstancia, unida a la de que el occiso tenía su propio hogar (casado y con hijo) no permite afirmar que entre él y su familia la comunidad espiritual se encuentra demostrada.

### **De los perjuicios materiales.**

Son reclamados en el recurso de apelación "al menos para los padres y la esposa e hijo del difunto".

La indemnización por concepto de daños materiales supone, de un lado una actividad económica productiva, o en fin unos ingresos por parte del fallecido, y de otro, la prueba de la existencia de un perjuicio cierto en cabeza de quien lo reclama. No basta afirmar que se produjo sino que hay que decir en qué consistió y aportar la prueba correspondiente.

Al respecto se acompaña como único elemento de juicio a la demanda (folio 27 cuaderno No. 1) una constancia de la Cooperativa de Transportadores TAX COOPEBOMBAS Ltda., expedida el 30 de enero de 1986 según la cual el señor Luis Fernando Giraldo Builes "trabajó conduciendo un vehículo afiliado a la Cooperativa, de propiedad del señor REINALDO MARULANDA..." de cuyo producido recibía por salario la suma de \$2.150.00 diarios.

No se especifica en el precitado documento, ni las características del vehículo, ni la época en la cual el señor Giraldo estuvo conduciéndolo.

Sin embargo, observa la Sala, que dicha "actividad", en manera alguna pudo haberse desarrollado en el tiempo en que ocurrieron los hechos, como quiera que el señor José Reynaldo Marulanda Córdoba, propietario del Taxi de Placas TI - - 35 30 Ford modelo 80, en declaración rendida el 18 de octubre de 1983 (folio 426 del Cuad. 3o. parte primera), expresa que al citado automotor lo manejó Luis Fernando Giraldo Builes hasta el mes de mayo de 1982 (los hechos ocurrieron desde el 17 de agosto de 1983), y que "no lo siguió manejando porque el carro fue retenido por las autoridades militares y él se perdió, porque lo buscaban a él y lo dejó...". "... no se volvió a dejar ver y ya no se volvió a saber nada...", "... no me volví a saber nada de ellos desde mayo del 82. Ni siquiera llamaban...".

Al preguntársele de qué estaban derivando la subsistencia Giraldo Builes y su esposa, respondió: "Nada, ni por comentarios, ha después de eso que me sucedió no volví a saber nada...". "... él estaba huyendo desde mayo del año pasado".

No encuentra la Sala en el expediente ningún otro elemento de juicio que le permita siquiera suponer que el señor Giraldo laboraba y menos aún pensar que con el fruto de su trabajo y con el producto de otros ingresos o bienes auxiliaba económicamente a su familia.

Así las cosas, tal como lo consideró el Tribunal de primera instancia no podía hacerse condena alguna por perjuicios materiales.

Ahora, en el recurso de apelación la parte actora pretende también que el daño emergente reconocido por los gastos de entierro se actualice desde la fecha en que se hicieron.

Observa la Sala que así lo hizo el Tribunal cuando en el numeral 4o. de la parte resolutive del fallo, condena a la Nación Colombiana al pago de \$99.800.00 a favor del señor Jesús María Giraldo A. por daño emergente, y en el numeral 5o. resuelve ajustarla en la forma ordenada en la parte motiva, donde, precisamente, establece:

"Esta suma será ajustada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo para lo cual, se tomará como índice inicial el que certifique el DANE para el mes de agosto de 1983, - - índice nacional de precios al consumidor - - y como índice final el mismo, que certifique el DANE para el mes en que quede ejecutoriada la presente providencia", (folio 356 cuaderno No. 1).

Al respecto sólo resta recordar que los gastos de entierro fueron hechos el 20 de agosto de 1983, factura que obra a folio 56 del cuaderno No. 1.

Finalmente, y teniendo en cuenta que se conoce también aquí el grado de consulta, para la Sala, la valoración jurídica y fáctica que hizo el a - quo para dar por estructurada la falla del servicio, no merece reparo alguno. En el proceso quedó debidamente demostrado con testimonios rendidos entre otros por Jael Balvin, Gloria Genoveva Maya de Rivera, Luz Norella Bedoya Builes y Gerardo Builes, y otras probanzas, que el señor Luis Fernando Giraldo Builes, miembro activo del Ejército de Liberación Nacional según pruebas allegadas con posterioridad, fue detenido por agentes de la Policía Nacional entre las 7:30 y 8 A.M. del 16 de agosto de 1983; conducido en primer término a la Estación de Policía San Joaquín y luego remitido al día siguiente al F - - 2, sin que sus familiares hubieran vuelto a saber de él a pesar de las numerosas averiguaciones

sobre su paradero y de la guardia que montaron en las instalaciones de los organismos de seguridad durante la tarde el 17 de agosto, hasta cuando, por informaciones de prensa, se dieron cuenta de su atroz asesinato, según cadáver hallado el 20 de agosto de 1983 en el Barrio Aranjuez de la ciudad de Medellín.

Probada la calidad de funcionarios en servicio activo de los agentes y oficiales de la Policía que intervinieron en los hechos, la captura y posterior reclusión de Giraldo Builes, tanto en la Policía como en el F - - 2, según constancia de la Estación de San Joaquín, y aportados al informativo el certificado de defunción y la diligencia de necropsia que acreditan la muerte del capturado, y además valorada la prueba indiciaria destacada por el Tribunal en los folios 353 y 354 del Cuaderno No. 1, no puede menos la Sala que concluir con el a - quo, que falló la administración en su primerísima obligación de garantizar la vida y la integridad de las personas, cualesquiera que sean las circunstancias en que se encuentren.

La falla del servicio así probada junto con el daño causado y demostrado en relación con algunos demandantes, a raíz de la muerte del señor Giraldo Builes, y deducido el nexo causal entre dicha falla del servicio y el mismo daño, deben considerarse acreditados los elementos axiológicos de la acción resarcitoria interpuesta por la parte actora.

Confirmará también la Sala la condena que hizo el a - quo al pago de los perjuicios morales, por un mil gramos oro para los padres, la esposa y el hijo del occiso, acreditado como está su parentesco próximo y tasada como se halla dicha condena según sano criterio del juzgador.

Por lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### **FALLA:**

PRIMERO. - PROSPERA el recurso extraordinario de súplica propuesto contra la sentencia proferida por la Sección Tercera de la Corporación el 24 de noviembre de 1989.

SEGUNDO. - CONFIRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, el 31 de marzo de 1989.

TERCERO. - QUEDA surtida la consulta a que se refiere la ley.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala Plena en reunión celebrada el día 6 de noviembre de 1991.

**CONSUELO SARRIA OLCOS, PRESIDENTE; JAIME ABELLA ZARATE, REYNALDO ARCINIEGAS BAEDECKER, ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ, JOAQUIN BARRETO RUIZ, GUILLERMO CHAHIN LIZCANO, MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF, CLARA FORERO DE CASTRO, AUSENTE; MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ, AMADO GUTIERREZ VELASQUEZ, LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJIA, ALVARO LECOMPTE LUNA, CARMELO MARTINEZ CONN, AUSENTE; DOLLY PEDRAZA DE ARENAS, JAIME AHUMADA DIAZ, CONJUEZ AUSENTE; LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ,**

**AUSENTE; YESID ROJAS SERRANO, DIEGO YOUNES MORENO, NUBIA  
GONZALEZ CERON, SECRETARIA GENERAL**