



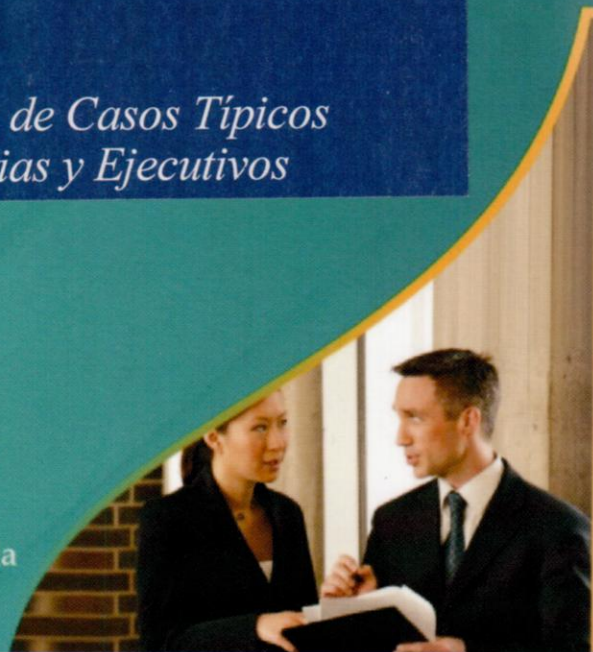
Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

LA DIRECCIÓN DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Parte II

*Guías Procesales de Casos Típicos
Pruebas, Sentencias y Ejecutivos*

República de Colombia



LA DIRECCIÓN DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

GUÍAS PROCESALES DE CASOS TÍPICOS
PRUEBAS, SENTENCIA Y EJECUTIVOS

SEGUNDA PARTE

PLAN NACIONAL DE FORMACIÓN
Y CAPACITACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA

JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES
Presidente

RICARDO HERNANDO MONROY CHURCH
Vicepresidente

JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO
FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ
JESAEI ANTONIO GIRALDO CASTAÑO
HERNANDO TORRES CORREDOR
Magistrados

ESCUELA JUDICIAL
“RODRIGO LARA BONILLA”

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES
Directora

DIEGO GERARDO BOLÍVAR USECHE
Coordinador Académico Área Contencioso Administrativo

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ,
Magistrado del Tribunal Administrativo del Caldas

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ,
Magistrada del Tribunal Administrativo de Cundinamarca

AUGUSTO MORALES VALENCIA,
Magistrado del Tribunal Administrativo del Caldas

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ,
Magistrado del Tribunal Administrativo de Antioquia

JUDITH ROMERO IBARRA,
Magistrada del Tribunal Administrativo del Atlántico

Estructura y redacción final a cargo de
WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
y JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ.



ESCUELA JUDICIAL
"Rodrigo Lara Bonilla"

LA DIRECCIÓN DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

GUÍAS PROCESALES DE CASOS TÍPICOS
PRUEBAS, SENTENCIA Y EJECUTIVOS

SEGUNDA PARTE

© WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

© SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

© AUGUSTO MORALES VALENCIA

© JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

© JUDITH ROMERO IBARRA

© CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2009

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 11 No. 9A-24 piso 4

www.ramajudicial.gov.co

ISBN 978-958-8331-60-7

Con un tiraje de 1.500 ejemplares

Composición: Imprenta Nacional de Colombia

Impresión: Imprenta Nacional de Colombia

Carrera 66 No. 24-09. Bogotá, D. C.

www.imprenta.gov.co

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

PRESENTACIÓN

El Plan Integral de Formación Especializada para la Implementación de los Módulos de Aprendizaje Autodirigido en el Juez Director del Proceso Administrativo construido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, de conformidad con su modelo educativo y su enfoque curricular integrado e integrador de casos reales de la práctica judicial, constituye el resultado del esfuerzo articulado entre Magistradas, Magistrados, Jueces, Juezas, Empleadas y Empleados incorporados a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, la Red de Formadores y Formadoras Judiciales, el Comité Nacional Coordinador, los Grupos Seccionales de Apoyo y cuya autoría se debe a los doctores William Hernández Gómez, Magistrado del Tribunal Administrativo del Quindío; Sandra Lisset Ibarra Vélez, Magistrada del Tribunal Administrativo de Cundinamarca; Augusto Morales Valencia, Magistrado del Tribunal Administrativo de Caldas; Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Magistrado del Tribunal Administrativo de Antioquia; Judith Romero Ibarra, Magistrada del Tribunal Administrativo del Atlántico, quienes con su gran compromiso y voluntad, se propusieron responder a las necesidades de formación planteadas para el programa especializado de la Jurisdicción Contencioso Administrativo.

El módulo del Juez Director del Proceso Administrativo que se presenta a continuación, corresponde al tomo dos, inicia con la unidad Nro. 12 y responde a la modalidad de aprendizaje autodirigido orientado a la aplicación en la práctica judicial, con absoluto respeto por la Independencia del Juez o Jueza.

La construcción del módulo responde a las distintas evaluaciones que se hicieron con Jueces, Juezas, Magistrados, Magistradas, Empleados y Empleadas, con la finalidad de detectar las principales áreas problemáticas de la implementación del Programa, alrededor de las cuales se integraron los objetivos, temas y subtemas de los distintos microcurrículos como apoyo a los funcionarios, funcionarias, empleadas y empleados de la Rama Judicial. Los conversatorios organizados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura sirvieron para determinar los problemas jurídicos más delicados y ahondar en su tratamiento en los módulos. Posteriormente, el texto entregado por los autores fue enviado para su revisión por los Magistrados, Magistradas, Juezas o Jueces que participaron en el proceso, quienes leyeron los textos e hicieron observaciones para su mejoramiento. Una vez escuchadas dichas reflexiones, los autores y autoras complementaron su trabajo para presentar un texto que respondiera a las necesidades de formación jurídica especializada para los Jueces o Juezas colombianos.

Se mantiene la concepción de la Escuela Judicial en el sentido de que todos los módulos, como expresión de la construcción colectiva, democrática y solidaria de conocimiento en la Rama Judicial, están sujetos a un permanente proceso de retroalimentación y actualización, especialmente ante el control que ejerce el H. Consejo de Estado.

Enfoque pedagógico de la Escuela Judicial

La Escuela Judicial como Centro de Formación Judicial Inicial y Continuada de la Rama Judicial presenta un modelo pedagógico que se caracteriza por ser participativo, integral, sistémico y constructivista; se fundamenta en el respeto a la dignidad del ser humano, a la independencia del Juez o la Jueza, el pluralismo y la multiculturalidad, y se orienta hacia el mejoramiento del servicio.

Es *participativo*, más de mil Jueces, Juezas, Empleadas y Empleados judiciales participan como formadores, generando una amplia dinámica de reflexión sobre la calidad y pertinencia de los planes educativos, módulos de aprendizaje autodirigido y los materiales utilizados en los procesos de formación que se promueven. Igualmente, se manifiesta en los procesos de evaluación y seguimiento de las actividades de formación que se adelantan, tanto en los procesos de ingreso, como de cualificación de los servidores y las servidoras públicos.

Es *integral* en la medida en que los temas que se tratan en los módulos resultan recíprocamente articulados y dotados de potencialidad sinérgica y promueven las complementariedades y los refuerzos de todos los participantes y las participantes.

Es *sistémico* porque invita a comprender cualquier proceso desde una visión integradora y holista, que reconoce el ejercicio judicial como un agregado de procesos, que actúa de manera interdependiente, y que, a su vez, resulta afectado por el entorno en que tienen lugar las actuaciones judiciales.

El modelo se *basa en el respeto a la dignidad humana*. El sistema de justicia representa uno de los pilares del sistema social de cualquier comunidad, representa la capacidad que la sociedad tiene para dirimir los conflictos que surgen entre sus integrantes y entre algunos de sus miembros y la sociedad en general. De ahí que el modelo educativo fundamenta sus estrategias en el principio del respeto a la dignidad humana y a los derechos individuales y colectivos de las personas.

El modelo *se orienta al mejoramiento del servicio* pues las acciones que se adelantan para el mejoramiento de las condiciones de trabajo y bienestar de las

personas que hacen parte de la Rama Judicial, se hacen teniendo en la mira un mejoramiento sostenido del servicio que se le presta a la comunidad.

Lo anterior, en el marco de las políticas de calidad y eficiencia establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura en el Plan Sectorial de Desarrollo, con la convicción de que todo proceso de modernización judicial ya sea originado en la implantación de nuevos esquemas jurídicos o de gestión, o de ambos, implica una transformación cultural y el fortalecimiento de los fundamentos conceptuales, las habilidades y las competencias de los y las administradoras de justicia, fiscales y procuradores, quienes requieren ser apoyados a través de los procesos de formación.

En este sentido, se desarrollan procesos formativos sistemáticos y de largo aliento orientados a la cualificación de los servidores y servidoras del sector, dentro de criterios de profesionalismo y formación integral, que redundan, en últimas, en un mejoramiento de la atención de los ciudadanos y ciudadanas, cuando se ven precisados a acudir a las instancias judiciales para ejercer o demandar sus derechos o para dirimir conflictos de carácter individual o colectivo.

Aprendizaje activo

Este modelo educativo implica un ***aprendizaje activo*** diseñado y aplicado desde la práctica judicial para mejorar la organización; es decir, a partir de la observación directa del problema, de la propia realidad, de los hechos que impiden el avance de la organización y la distancian de su misión y de sus usuarios y usuarias; que invita a compartir y generalizar las experiencias y aprendizajes obtenidos, sin excepción, por todas las y los administradores de justicia a partir de una dinámica de reflexión, investigación, evaluación, propuesta de acciones de cambio y ejecución oportuna, e integración de sus conocimientos y experiencia para organizar equipos de estudio, compartir con sus colegas, debatir constructivamente los hallazgos y aplicar lo aprendido dentro de su propio contexto.

Crea escenarios propicios para la multiplicación de las dinámicas formativas, para responder a los retos del Estado y en particular de la Rama Judicial, para focalizar los esfuerzos en su actividad central; desarrollar y mantener un ambiente de trabajo dinámico y favorable para la actuación de todos los servidores y servidoras; aprovechar y desarrollar en forma efectiva sus cualidades y capacidades; lograr estándares de rendimiento que permiten calificar la prestación pronta y oportuna del servicio en ámbitos locales e internacionales complejos y cambiantes; crear relaciones estratégicas comprometidas con los “usuarios” clave del servicio

público; usar efectivamente la tecnología; desarrollar buenas comunicaciones, y aprender e interiorizar conceptos organizativos para promover el cambio. Así, los Jueces, Juezas y demás servidores y servidoras no son simples animadores del aprendizaje, sino gestores y gestoras de una realidad que les es propia, y en la cual construyen complejas interacciones con los usuarios y usuarias de esas unidades organizacionales.

Aprendizaje social

En el contexto andragógico de esta formación, se dota de significado el mismo decurso del aprendizaje centrándose en procesos de ***aprendizaje social*** como eje de una estrategia orientada hacia la construcción de condiciones que permitan la transformación de las organizaciones. Es este proceso el que lleva al desarrollo de lo que en la reciente literatura sobre el conocimiento y desarrollo se denomina como la promoción de *sociedades del aprendizaje “learning societies”, organizaciones que aprenden “learning organizations”, y redes de aprendizaje “learning networks”*¹. Esto conduce a una concepción dinámica de la relación entre lo que se quiere conocer, el sujeto que conoce y el entorno en el cual él actúa. Es así que el conocimiento hace posible que los miembros de una sociedad construyan su futuro, y por lo tanto incidan en el devenir histórico de la misma, independientemente del sector en que se ubiquen.

Los procesos de aprendizaje evolucionan hacia los cuatro niveles definidos en el esquema mencionado: (a) nivel individual, (b) nivel organizacional, (c) nivel sectorial o nivel de las instituciones sociales, y (d) nivel de la sociedad. Los procesos de apropiación de conocimientos y saberes son de complejidad creciente al pasar del uno al otro.

En síntesis, se trata de una formación que a partir del desarrollo de la creatividad y el espíritu innovador de cada uno de los y las participantes, busca convertir esa información y conocimiento personal, en *conocimiento corporativo* útil que incremente la efectividad y la capacidad de desarrollo y cambio de la organizacional en la Rama Judicial, trasciende al nivel sectorial y de las instituciones sociales contribuyendo al proceso de creación de “lo público” a través de la apropiación social del mismo, para, finalmente, en un cuarto nivel, propiciar procesos de aprendizaje social que pueden involucrar cambios en los valores y las

¹ Teaching and Learning: Towards the Learning Society; Bruselas, Comisión Europea, 1997.

actitudes que caracterizan la sociedad, o conllevar acciones orientadas a desarrollar una capacidad para controlar conflictos y para lograr mayores niveles de convivencia.

Currículo integrado-integrador

En la búsqueda de nuevas alternativas para el diseño de los currículos se requiere partir de la construcción de *núcleos temáticos y problemáticos*, producto de la investigación y evaluación permanentes. Estos núcleos temáticos y problemáticos no son la unión de asignaturas, sino el resultado de la integración de diferentes disciplinas académicas y no académicas (cotidianidad, escenarios de socialización, hogar) que alrededor de problemas detectados, garantizan y aportan a la solución de los mismos. Antes que contenidos, la estrategia de integración curricular, exige una mirada crítica de la realidad.

La implementación de un currículo integrado-integrador implica que la “enseñanza dialogante” se base en la convicción de que el discurso del formador o formadora, será formativo solamente en el caso de que el o la participante, a medida que reciba los mensajes magistrales, los reconstruya y los integre, a través de una actividad, en sus propias estructuras y necesidades mentales. Es un diálogo profundo que comporta participación e interacción. En este punto, con dos centros de iniciativas donde cada uno (formador y participante) es el interlocutor del otro, la síntesis pedagógica no puede realizarse más que en la interacción de sus actividades orientadas hacia una meta común: la adquisición, producción o renovación de conocimientos.

Planes de Estudio

Los planes de estudio se diseñaron de manera coherente con el modelo educativo presentado y en esta labor participó el grupo de personas pedagogas vinculadas al proyecto, expertos y expertas en procesos formativos para adultos con conocimientos especializados y experiencia. Así mismo, participó la Red de Formadores Judiciales constituida para este programa por aproximadamente 350 Magistrados, Magistradas, Juezas, Jueces, Empleados y Empleadas, quienes, con profundo compromiso y motivación exclusiva por su vocación de servicio, se prepararon a lo largo de varios meses en la Escuela Judicial tanto en la metodología como en los contenidos del programa con el propósito de acompañar y facilitar el proceso de aprendizaje que ahora se invita a desarrollar a través de las siguientes etapas:

Fase 1. *Reunión inicial*. Presentación de los objetivos y estructura del programa; afianzamiento de las metodologías del aprendizaje autodirigido; conformación de los subgrupos de estudio con sus coordinadores, y distribución de los temas que profundizará cada subgrupo.

Fase II. *Estudio y Análisis Individual*. Interiorización por cada participante de los contenidos del programa mediante el análisis, desarrollo de casos y ejercicios propuestos en el módulo, consulta de jurisprudencia y doctrina adicional a la incluida en los materiales educativos. Así mismo, elaboración y envío de un informe individual con el fin de establecer los intereses de los participantes para garantizar que las actividades presenciales respondan a estos.

Fase III. *Investigación en Subgrupo*. Profundización colectiva del conocimiento sobre los temas y subtemas acordados en la reunión inicial y preparación de una presentación breve y concisa (10 minutos) para la mesa de estudios o conversatorio junto con un resumen ejecutivo y la selección de casos reales para enriquecer las discusiones en el programa.

Fase IV. *Mesa de estudios o Conversatorio*. Construcción de conocimiento a través del intercambio de experiencias y saberes y el desarrollo o fortalecimiento de competencias en argumentación, interpretación decisión, dirección, etc., alrededor de las presentaciones de los subgrupos, el estudio de nuevos casos de la práctica judicial previamente seleccionados y estructurados por los formadores con el apoyo de los expertos, así como la simulación de audiencias. Identificación de los momentos e instrumentos de aplicación a la práctica judicial y a partir de estos, generación de compromisos concretos de mejoramiento de la función judicial y de estrategias de seguimiento, monitoreo y apoyo en este proceso.

Fase V. *Pasantías*. Son experiencias concretas de aprendizaje, dirigidas a confrontar los conocimientos adquiridos, con la realidad que se presenta en los despachos y actuaciones judiciales (sean escritas u orales), mediante el contacto directo de los discentes y las discentes (pasantes), con las situaciones vividas en la práctica judicial, en las diferentes áreas (civil, penal, laboral, administrativo, etc.) bajo la orientación y evaluación de los Jueces, Juezas, Magistradas y Magistrados titulares de los respectivos cargos.

Fase VI. *Aplicación a la práctica judicial*. Incorporación de los elementos del programa académico como herramienta o instrumento de apoyo en el desempeño laboral mediante la utilización del conocimiento construido en la gestión judicial.

Elaboración y envío del informe individual sobre esta experiencia y reporte de los resultados del seguimiento de esta fase en los subgrupos.

Fase VII. *Experiencias compartidas*. Socialización de las experiencias reales de los y las discentes en el ejercicio de la labor judicial, con miras a confirmar el avance en los conocimientos y habilidades apropiados en el estudio del módulo. Preparación de un resumen ejecutivo con el propósito de contribuir al mejoramiento del curso y selección de casos reales para enriquecer el banco de casos de la Escuela Judicial.

Fase VIII. *Actividades de monitoreo y de refuerzo o complementación*. De acuerdo con el resultado de la fase anterior se programan actividades complementarias de refuerzo o extensión del programa según las necesidades de los grupos en particular.

Fase IX. *Seguimiento y evaluación*. Determinación de la consecución de los objetivos del programa por los y las participantes y el grupo mediante el análisis individual y el intercambio de experiencias en subgrupo.

Los módulos

Los módulos son la columna vertebral en este proceso, en la medida que presentan de manera profunda y concisa los resultados de la investigación académica realizada durante aproximadamente un año, con la participación de Magistrados y Magistradas de las Altas Cortes y de los Tribunales, de los Jueces y Juezas de la República y expertos y expertas juristas, quienes ofrecieron lo mejor de sus conocimientos y experiencia judicial, en un ejercicio pluralista de construcción de conocimiento.

Se trata entonces, de valiosos textos de autoestudio divididos secuencialmente en unidades que desarrollan determinada temática, de dispositivos didácticos flexibles que permite abordar los cursos a partir de una estructura que responde a necesidades de aprendizaje previamente identificadas. Pero más allá, está el propósito final: servir de instrumento para fortalecer la práctica judicial.

Cómo abordarlos

Al iniciar la lectura de cada módulo el o la participante debe tener en cuenta que se trata de un programa integral y un sistema modular coherente, por lo que para optimizar los resultados del proceso de formación autodirigida tendrá en cuenta que se encuentra inmerso en el Programa de Formación Especializada de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. A través de cada contenido, los y las

discentes encontrarán referentes o remisiones a los demás módulos del Plan, que se articulan mediante diversos ejes transversales, tales como Derechos Humanos, Constitución Política de 1991, Bloque de Constitucionalidad, la ley específica, al igual que la integración de los casos problemáticos comunes que se analizan, desde diferentes perspectivas, posibilitando el enriquecimiento de los escenarios argumentativos y fortaleciendo la independencia judicial.

Por lo anterior, se recomienda tener en cuenta las siguientes sugerencias al abordar el estudio de cada uno de los módulos del plan especializado:

1. Consulte los temas de los otros módulos que le permitan realizar un diálogo de manera sistémica y articulada sobre los contenidos que se presentan.

2. Tenga en cuenta las guías del discente y las guías de estudio individual y de subgrupo para desarrollar cada lectura. Recuerde apoyarse en los talleres para elaborar mapas conceptuales, esquemas de valoración de argumentaciones y el taller individual de lectura del plan educativo.

3. Cada módulo presenta actividades pedagógicas y de autoevaluación que permiten al y la discente reflexionar sobre su cotidianidad profesional, la comprensión de los temas y su aplicación a la práctica. Es importante que en el proceso de lectura aborde y desarrolle con rigor dichas actividades para que críticamente establezca la claridad con la que percibió los temas y su respectiva aplicación a su tarea judicial. Cada módulo se complementa con una bibliografía básica seleccionada, para quienes quieran profundizar en el tema, o acceder a diversas perspectivas.

El Plan integral de Formación Especializada para la Implementación de los módulos de aprendizaje autodirigido en Juez Director del Proceso que la Escuela Judicial entrega a la judicatura colombiana, acorde con su modelo educativo, es una oportunidad para que la institucionalidad colombiana, con efectiva protección de los derechos fundamentales y garantías judiciales, cierre el camino de la impunidad para el logro de una sociedad más justa.

Finalmente, agradecemos el envío de todos sus aportes y sugerencias a la sede de la Escuela Judicial en la Calle 85 No. 11-96 pisos 6 y 7, Bogotá, o al correo electrónico escujudcendoj@ramajudicial.gov.com, que contribuirán a la construcción colectiva del saber judicial alrededor del Juez Director del Proceso.

TABLA DE CONTENIDO

| | Págs. |
|--|-------|
| Presentación..... | 9 |
| Convenciones | 29 |
| Estructura de las unidades | 30 |
| Presentación de la segunda parte | 31 |

Unidad 12

| | |
|--|----|
| De las pruebas judiciales desde la perspectiva del proceso contencioso-administrativo | 33 |
| Objetivos específicos..... | 33 |
| Ensayo. Conceptos clave..... | 33 |
| 12.1. La indagación de la “verdad” en la antigüedad | 35 |
| 12.2. El modelo epistemológico, como guía para encontrar la “verdad” en la indagación judicial. | 38 |
| 12.3. El juez o jueza debe garantizar el principio de la libertad probatoria..... | 40 |
| 12.4. Deberes del juez o jueza | 40 |
| 12.5. Pruebas de oficio | 40 |
| 12.6. Razones para decretar pruebas de oficio | 41 |
| 12.7. El límite de la prueba oficiosa..... | 41 |
| 12.8. Carga de la prueba | 42 |
| 12.9. Sistema inquisitivo | 42 |
| 12.10. Las trabas probatorias..... | 43 |
| 12.11. El rechazo <i>in limine</i> de las pruebas | 45 |
| 12.12. Confesión de entidades públicas | 45 |

| | |
|--|----|
| 12.13. El deber de responder oportunamente a la petición de una prueba | 46 |
| Recapitulando | 47 |

Unidad 13

| | |
|--------------------------------|----|
| La prueba documental | 49 |
| Objetivos específicos | 49 |
| Ensayo. Conceptos clave | 49 |
| Autoevaluación | 53 |
| ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS | |
| Actividad pedagógica 1 | 55 |
| Actividad pedagógica 2 | 56 |
| Actividad pedagógica 3 | 58 |
| Actividad pedagógica 4 | 63 |
| Actividad pedagógica 5 | 65 |
| Actividad pedagógica 6 | 67 |
| Actividad pedagógica 7 | 69 |
| Actividad pedagógica 8 | 71 |
| Actividad pedagógica 9 | 75 |
| Actividad pedagógica 10 | 76 |
| Actividad pedagógica 11 | 78 |
| Actividad pedagógica 12 | 80 |
| Actividad pedagógica 13 | 82 |
| Actividad pedagógica 14 | 83 |
| Actividad pedagógica 15 | 85 |

| | Págs. |
|-------------------------------|-------|
| Actividad pedagógica 16 | 86 |
| Actividad pedagógica 17 | 88 |
| Actividad pedagógica 18 | 92 |
| Actividad pedagógica 19 | 94 |

Unidad 14

| | |
|--|-----|
| La prueba testimonial..... | 97 |
| Objetivos específicos..... | 97 |
| Ensayo. Conceptos clave..... | 97 |
| 14.1. El decreto de la prueba testimonial | 99 |
| 14.2. El recaudo de la prueba testimonial..... | 101 |
| 14.3. Limitación del testimonio | 102 |
| 14.4. Declaración por certificación | 102 |
| 14.5. Testimonios recaudados por los abogados o abogadas | 103 |
| 14.6. Valoración de la prueba testimonial | 103 |
| Autoevaluación..... | 105 |

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

| | |
|------------------------------|-----|
| Actividad pedagógica 1 | 107 |
| Actividad pedagógica 2 | 109 |
| Actividad pedagógica 3 | 110 |
| Actividad pedagógica 4 | 112 |
| Actividad pedagógica 5 | 115 |
| Actividad pedagógica 6 | 117 |
| Actividad pedagógica 7 | 118 |
| Actividad pedagógica 8 | 119 |

| | Págs. |
|-------------------------------|-------|
| Actividad pedagógica 9 | 121 |
| Actividad pedagógica 10 | 122 |
| Actividad pedagógica 11 | 124 |
| Actividad pedagógica 12 | 125 |
| Actividad pedagógica 13 | 127 |
| Actividad pedagógica 14 | 129 |
| Actividad pedagógica 15 | 131 |
| Actividad pedagógica 16 | 133 |

Unidad 15

| | |
|--|-----|
| La inspección judicial | 135 |
| Objetivos específicos..... | 135 |
| Ensayo. Conceptos clave..... | 135 |
| 15.1. Inspección judicial como prueba anticipada y prueba trasladada | 136 |
| Autoevaluación..... | 138 |
| ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS | |
| Actividad pedagógica 1 | 139 |
| Actividad pedagógica 2 | 142 |
| Actividad pedagógica 3 | 144 |

Unidad 16

| | |
|------------------------------|-----|
| La prueba pericial | 147 |
| Objetivos específicos..... | 147 |
| Ensayo. Conceptos clave..... | 147 |
| Autoevaluación..... | 150 |

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

| | |
|------------------------------|-----|
| Actividad pedagógica 1 | 151 |
| Actividad pedagógica 2 | 154 |
| Actividad pedagógica 3 | 156 |
| Actividad pedagógica 4 | 160 |

Unidad 17

| | |
|------------------------------|-----|
| El indicio..... | 163 |
| Objetivos específicos..... | 163 |
| Ensayo. Conceptos clave..... | 163 |
| Autoevaluación..... | 165 |

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

| | |
|------------------------------|-----|
| Actividad pedagógica 1 | 166 |
| Actividad pedagógica 2 | 168 |
| Actividad pedagógica 3 | 172 |
| Actividad pedagógica 4 | 174 |
| Actividad pedagógica 5 | 175 |
| Actividad pedagógica 6 | 177 |
| Actividad pedagógica 7 | 179 |
| Actividad pedagógica 8 | 181 |

Unidad 18

| | |
|---|-----|
| La prueba trasladada y anticipada | 183 |
| Objetivos específicos..... | 183 |
| Ensayo. Conceptos clave..... | 183 |

| | Págs. |
|--------------------------------|-------|
| Autoevaluación..... | 186 |
| ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS | |
| Actividad pedagógica 1 | 187 |
| Actividad pedagógica 2 | 189 |
| Actividad pedagógica 3 | 191 |
| Actividad pedagógica 4 | 193 |
| Actividad pedagógica 5 | 195 |
| Actividad pedagógica 6 | 197 |
| Actividad pedagógica 7 | 199 |
| Actividad pedagógica 8 | 201 |

Unidad 19

| | |
|---|-----|
| La carga de la prueba, causa probable, presunciones judiciales, segunda instancia y otros..... | 205 |
| Objetivos específicos..... | 205 |
| Ensayo. Conceptos clave..... | 205 |
| 19.1. Prestación de servicios de salud | 205 |
| Principales diferencias entre el régimen de la falla presunta y la carga dinámica de la prueba..... | 209 |
| Autoevaluación..... | 210 |
| ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS | |
| Actividad pedagógica 1 | 212 |
| Actividad pedagógica 2 | 215 |
| Actividad pedagógica 3 | 217 |
| Actividad pedagógica 4 | 220 |
| Actividad pedagógica 5 | 222 |

| | Págs. |
|-------------------------------|-------|
| Actividad pedagógica 6 | 224 |
| Actividad pedagógica 7 | 226 |
| Actividad pedagógica 8 | 231 |
| Actividad pedagógica 9 | 233 |
| Actividad pedagógica 10 | 235 |
| Actividad pedagógica 11 | 238 |
| Actividad pedagógica 12 | 244 |

Unidad 20

| | |
|---|-----|
| El juez o jueza y los retos de la sentencia judicial | 247 |
| Objetivos específicos..... | 247 |
| Ensayo. Conceptos clave..... | 247 |
| 20.1. Descubrir y comprender el patrón fáctico; la teoría del caso que proponen las partes, y la interpretación normativa que soluciona el caso. | 249 |
| 20.1.2. Un esquema sencillo y general de las etapas del conoci- miento..... | 249 |
| 20.2. Armonizar la solución normativa con la realización de la justicia | 251 |
| 20.2.1. Las decisiones del Juez o Jueza en un abrir y cerrar de ojos. | 252 |
| 20.2.2. Buscando la decisión más justa. | 253 |
| 20.2.3. Pese a sus dudas, al final, el Juez o Jueza es leal con el ordenamiento jurídico. | 256 |
| 20.2.4. Los criterios tácitos que a veces influyen en la sentencia, pero que poco se explican o justifican. | 257 |

| | Págs. |
|---|-------|
| 20.3. Articular de la mejor manera posible los “cuadros de la película” y la secuencia de los mismos (estructura de la sentencia). ¿Cómo resolver la paradoja de la opacidad y de la sentencia inconclusa?..... | 258 |
| 20.4. La paradoja de la opacidad | 259 |
| 20.5. La paradoja de la sentencia inconclusa..... | 259 |
| 20.6. Sentencia y legitimidad..... | 262 |
| 20.7. La sentencia debe minimizar toda sospecha de irracionalismo atávico. | 263 |
| 20.8. La apelación y la legitimación de la sentencia | 265 |
| 20.9. La mimesis y el mimetismo y la legitimación de la sentencia. | 266 |
| 20.10. Explicar y justificar la secuencia (argumentación) | 268 |
| 20.11. Los argumentos de razonabilidad en la sentencia | 270 |
| 20.11.1. ¿Cuáles son las características de los argumentos de razonabilidad y/o proporcionalidad?..... | 271 |
| 20.12. Otros argumentos típicos y comunes en las sentencias | 277 |
| 20.13. La tónica jurídica | 278 |
| 20.14. Los errores más frecuentes en las sentencias de lo contencioso administrativo, llamadas de “serie” o de “cajón”..... | 281 |
| 20.14.1. No hay sentencias de cajón | 281 |
| 20.14.2. La confusión de identidad de las partes | 281 |
| 20.15. Declaratorias de nulidad de actos administrativos no acusados en el caso concreto..... | 282 |
| 20.16. Reconocimiento de pensión gracias a demandantes que no acreditan la condición de haber sido docentes..... | 283 |
| 20.16.1. Confundir la pretensión relacionada con el reconocimiento de la pensión gracia, con la reliquidación de la pensión gracia..... | 283 |

| | Págs. |
|--|-------|
| 20.16.2. Ordenar reliquidación de la pensión ordinaria con todos los factores salariales al confundirla con la pensión especial “gracia” | 284 |
| 20.17. Resumen de la contestación de la demanda sin tener en cuenta que se tuvo por no contestada..... | 285 |
| 20.18. Cuando se profiere sentencia en abstracto no se fijan bases para efectos del incidente de liquidación (art. 172 del CCA)..... | 285 |
| 20.19. El encabezado de la sentencia no coincide con los datos de la sentencia..... | 286 |
| 20.20. Reconocimientos de personería de abogados o abogadas sustitutos. | 286 |
| 20.21. Excepciones que no se han propuesto, o no se pronuncia sobre las excepciones que se propusieron. | 287 |
| 20.22. La aplicación de las “fórmulas” para la liquidación de los perjuicios con el fin de garantizar la reparación integral..... | 287 |
| Autoevaluación..... | 289 |
| ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS | |
| Actividad pedagógica 1 | 291 |
| Actividad pedagógica 2 | 293 |
| Actividad pedagógica 3 | 294 |
| Actividad pedagógica 4 | 295 |
| Actividad pedagógica 5 | 298 |
| Actividad pedagógica 6 | 300 |
| Actividad pedagógica 7 | 303 |
| | 25 |

| | Págs. |
|-------------------------------|-------|
| Actividad pedagógica 8 | 306 |
| Actividad pedagógica 9 | 310 |
| Actividad pedagógica 10 | 315 |
| Actividad pedagógica 11 | 317 |
| Actividad pedagógica 12 | 320 |

Unidad 21

| | |
|--|-----|
| Liquidación de las condenas en la acción de reparación directa | 333 |
| Objetivos específicos..... | 333 |
| Ensayo. Conceptos clave..... | 333 |
| Daños materiales..... | 334 |
| La demanda | 335 |
| Anexos..... | 353 |

Unidad 22

| | |
|--|-----|
| Procesos de ejecución | 359 |
| Objetivos específicos..... | 359 |
| Ensayo. Conceptos clave..... | 360 |
| 22.1. Título ejecutivo | 360 |
| 22.2. Facultad de cobro coactivo para los órganos o entes públicos | 363 |
| 22.3. Requisitos de fondo..... | 367 |
| 22.4. Requisitos formales | 368 |
| 22.5. Excepciones en el proceso ejecutivo..... | 369 |
| 22.6. Medidas cautelares en el proceso ejecutivo..... | 373 |
| Autoevaluación..... | 378 |

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

| | |
|-------------------------------|-----|
| Actividad pedagógica 1 | 380 |
| Actividad pedagógica 2 | 383 |
| Actividad pedagógica 3 | 385 |
| Actividad pedagógica 4 | 388 |
| Actividad pedagógica 5 | 392 |
| Actividad pedagógica 6 | 394 |
| Actividad pedagógica 7 | 397 |
| Actividad pedagógica 8 | 398 |
| Actividad pedagógica 9 | 400 |
| Actividad pedagógica 10 | 402 |
| Actividad pedagógica 11 | 405 |
| Actividad pedagógica 12 | 408 |
| Actividad pedagógica 13 | 411 |
| Actividad pedagógica 14 | 413 |
| Actividad pedagógica 15 | 416 |
| Actividad pedagógica 16 | 418 |
| Actividad pedagógica 17 | 421 |
| Actividad pedagógica 18 | 423 |
| Actividad pedagógica 19 | 425 |
| Actividad pedagógica 20 | 428 |
| Actividad pedagógica 21 | 430 |
| Actividad pedagógica 22 | 432 |

CONVENCIONES

| | |
|----------------|-----------------------|
| O _g | Objetivo General |
| O _e | Objetivos Específicos |
| A _p | Actividad Pedagógica |
| A _e | Autoevaluación |
| T | Tema |
| C | Caso |
| P _j | Problema Jurídico |
| N | Normas |
| C _o | Comentario |
| J | Jurisprudencia |
| B | Bibliografía |

ESTRUCTURA DE LAS UNIDADES

Las unidades presentan la siguiente estructura básica:

Un ensayo que introduce al lector en los conceptos clave que sirven para desarrollar los casos que ilustran los temas.

La Autoevaluación (Ae) con el cual se busca alertar sobre los principales problemas jurídicos que se desarrollarán en los casos.

La actividad pedagógica (Ap) que se centra en el listado de guías de casos típicos correspondientes a cada tema.

Nota: Para efectos de simplificar el texto se utilizarán las siguientes abreviaturas:

| | |
|-------|--|
| LEAJ | Ley Estatutaria de la Administración de Justicia o Ley 270 de 1996 |
| EJRLB | Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla |
| CCA | Código Contencioso Administrativo |
| CPC | Código de Procedimiento Civil |
| CC. | Código Civil |
| CE | Consejo de Estado |
| EICE | Empresas Industriales y Comerciales del Estado |
| ESPD | Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios |
| ESE | Empresas Sociales del Estado |
| CSJ | Consejo Superior de la Judicatura |

PRESENTACIÓN DE LA SEGUNDA PARTE

Entregamos la segunda parte del módulo La Dirección del Proceso Contencioso Administrativo, con la idea de continuar desarrollando los principales temas que preocupan al juez o jueza administrativo.

Recordamos al lector o lectora que el presente texto no es un curso sistemático de derecho procesal administrativo, ni de pruebas, pues no es nuestro objetivo. No se trata entonces de reemplazar los textos que se consiguen en las librerías, sino de complementarlos con el análisis de esa zona gris o de penumbra que se presenta entre los principios teóricos y la “picaresca” del quehacer judicial cotidiano.

En esta segunda parte encontrará el lector temas relacionados con las pruebas en la jurisdicción contenciosa administrativa, y se advierte que pueden considerarse como un complemento del módulo general sobre la “Prueba Judicial, análisis y valoración”, que publicó la EJRLB, con autoría del doctor Jairo Iván Peña Ayazo. Es posible que algunos comentarios no coincidan plenamente con el módulo general, pero ello en vez de calificarse como una debilidad, puede ser entendida como una contribución al fortalecimiento del debate enriquecedor que implican estos interesantes temas.

El lector o lectora también encontrará varias unidades dedicadas a la sentencia, liquidación de perjuicios y por último una interesante unidad sobre ejecutivos.

Por último, insistimos en que el texto ha sido escrito con la idea de mostrar las mejores prácticas procesales, para incentivar una actitud proactiva del Juez o Jueza administrativo.

UNIDAD 12

DE LAS PRUEBAS JUDICIALES DESDE LA PERSPECTIVA DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Por William Hernández Gómez.

Oe

- Resaltar el papel proactivo que debe tener el Juez o Jueza respecto de las pruebas en el proceso contencioso administrativo.
- Incentivar al Juez o Jueza para que desde la admisión y contestación de la demanda implemente un control temprano de las pruebas solicitadas y no aplaze tal estudio para cuando deba decretarlas.
- Recabar en los conceptos de verdad dentro del proceso.
- Hacer notar las dificultades más comunes que se observan en el proceso, cuando se trata del recaudo de pruebas.

ENSAYO. CONCEPTOS CLAVE

El decreto de las pruebas no es un asunto menor en el proceso. Esta afirmación, aunque parezca obvia, es necesaria porque en la práctica judicial el Juez o Jueza tiende a delegar aquella importante decisión.

Tal actitud, un tanto displicente, se ha justificado (consciente o inconscientemente) con las siguientes o semejantes falacias argumentativas: 1) Las partes tienen la carga probatoria, por tanto el Juez o Jueza debe intervenir lo menos posible. 2) El decreto de las “pruebas de oficio” es una decisión muy delicada que puede inclinar la balanza antes de fallar, por tanto, solo se podrán decretar cuando sea absolutamente necesario y cuando se trate de verdaderos “puntos oscuros o dudosos” (inciso segundo del art. 169 del CCA). 3) En el derecho administrativo se impone el “principio” de justicia rogada. 4) El Juez o Jueza debe dedicarse a cosas

más importantes como dictar sentencias, y cuando más, al recaudo o recepción de las pruebas, por tanto, el decreto de las mismas es un “simple impulso del proceso”, que no amerita mayor esfuerzo. “Hay muchos otros casos por atender”.

En dicho razonamiento subyace larvado el modelo dispositivo decimonónico, que como veremos, se contrapone a las nuevas tendencias en la dirección judicial del proceso.

El Juez o Jueza administrativo, consciente de su papel como Juez o Jueza director del proceso, asume una posición proactiva², y por ello, personalmente revisa el auto que decreta pruebas, y si excepcionalmente delega dicha decisión, lo hace bajo el supuesto de que el subalterno tiene la formación suficiente para entender correctamente la teoría del caso que presenta la parte demandante, por un lado; la formulada en la oposición de la parte demandada, por el otro; y desde luego, tiene su propia teoría del caso, que puede coincidir o no, total o parcialmente, con algunas de las teorías propuestas, que le permiten decidir si es recomendable decretar las pruebas de oficio que considere pertinentes. Solo bajo estas condiciones la delegación sería de recibo. Con una advertencia: el Juez o Jueza de todas maneras revisará o asumirá personalmente los casos que puedan calificarse como genuinamente difíciles (según Dworkin), o en otra perspectiva los que podríamos denominar como “complicados”, si entendemos por estos últimos, los que tienen cierto grado de complejidad, bien por lo extenso; o por las partes involucradas; o por la ilegibilidad de la propuesta del caso; o por la dificultad probatoria, etc.

El “Juez o Jueza proactivo” se apersona del decreto de pruebas porque considera que el tiempo invertido honra la economía procesal, puesto que no tendrá que recurrir en el último momento, antes de fallar, al decreto de pruebas de oficio³, que dilatan el trámite.

Una actitud alerta del Juez o Jueza, le permite comprender tempranamente el problema jurídico principal y los asociados, de tal suerte que al momento de recaudar la prueba tendrá los mejores elementos de juicio para tratar de descubrir la verdad de los enunciados que reconstruyen los aspectos fácticos del caso. Por ejemplo, si se trata de testimonios, el “Juez o Jueza proactivo” podrá hacer las preguntas más acertadas, o con mayor autoridad calificar como impertinentes o

² En adelante lo llamaremos el “juez proactivo”.

³ Inciso final del artículo 169 del CCA.

superfluas, si fuere el caso, algunas de las preguntas formuladas por las partes (art. 227 del CPC).

Otro ejemplo, al decretar la prueba pericial no dejará que el dictamen sea controlado estratégicamente por la parte que solicitó dicha prueba. El “Juez o Jueza proactivo” examinará cuidadosamente las cuestiones sobre las cuales versa el peritaje pedido y determinará los puntos que han de ser objeto del mismo, de acuerdo con el cuestionario de las partes y los que considere conveniente formular de oficio, a la luz de las teorías del caso, y de los problemas jurídicos principales.

Digámoslo sin eufemismos: En la práctica judicial el “Juez o Jueza pasivo” decreta la prueba y la recauda sin tener mayor idea sobre los problemas jurídicos principales o asociados que contiene el proceso. Generalmente llega a la audiencia sin conocer el caso concreto, ni las distintas teorías propuestas en el expediente. El “Juez o Jueza pasivo” no tienen una clara estrategia de indagación de los hechos relevantes del caso. Generalmente el decreto y recaudo de la prueba lo deja en manos de las partes, y su papel se limita al de un espectador, que sólo interviene cuando se trata de situaciones ilegales, intolerables o aberrantes. Confía en que su experiencia judicial le ayudará a comprender rápidamente el caso, y a partir de sus habilidades intuitivas⁴ es un gran improvisador⁵, por ello no le angustia llegar a la audiencia en tan precarias condiciones de información al momento de recaudar la prueba.

12.1. LA INDAGACIÓN DE LA “VERDAD” EN LA ANTIGÜEDAD

El “Juez o Jueza proactivo” sabe que el decreto de pruebas no es solo una etapa procesal. Es el momento de trazar una estrategia de indagación, o un plan

⁴ J. Frank, citado por Marina Gascón Abellán en “Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba”, recuerda que según aquel autor, los jueces (zas) primero se guían por la intuición, por la simpatía o la antipatía, y por otras consideraciones no expresamente confesadas para, más tarde, dar forma silogística al razonamiento, de manera que es posible afirmar que “todo aquello que está en la base de las intuiciones del juez es fuente del derecho. Intuiciones que no pesan solo sobre la interpretación del Derecho, o sobre el sentido de lo justo en abstracto, sino ante todo, y en primer lugar, sobre la valoración de la prueba, especialmente la testifical (ver Gascón, 1999, Marcial Pons, p.39). También consultar directamente la obra de J. Frank *Courts on Trial. Myth and Reality in American Justice* (1949).

⁵ El concepto “improvisador” no necesariamente descalifica las decisiones del juez, que tal vez, en muchas ocasiones son acertadas, porque ha desarrollado una gran habilidad instintiva frente a los casos que debe juzgar. Se advierte que racionalmente el juez no puede actuar bajo los parámetros de la improvisación. Pero eso no significa que no pueda hacer uso de esta habilidad, la cual puede llegar a ser muy útil en la práctica judicial, y que solo se adquiere con la experiencia.

del caso, para tratar de llegar a la “verdad de los hechos”. Y además es consciente de que esta afirmación -de cajón- elude las distintas teorías epistemológicas sobre la verdad. Algunos juristas, sin más, asumen que en el proceso se puede llegar a la “verdad”, y para evitar discusiones la llamaron “verdad procesal”, pues los hechos, según aquellos, en tanto que hechos empíricos o psicológicos, pueden siempre ser conocidos con suficiente fiabilidad⁶.

Resulta ilustrativo recordar que en la antigüedad las reglas de indagación o búsqueda de la “verdad” fueron muy diferentes a las que hoy conocemos.

Por ejemplo, en la Grecia antigua, la *Ilíada* narra la historia de la disputa entre Antíloco⁷ y Menelao⁸ durante los juegos que se realizaron con ocasión de la muerte de Patroclo⁹. En aquellos juegos hubo una carrera de carros impulsados por caballos, en un circuito de ida y vuelta, pasando por una baliza que debía rodearse tratando de que los carros pasaran lo más cerca posible. Homero nos informa que en aquella baliza se ubicaba un testigo, para que observara las posibles irregularidades, que ocasionaban accidentes e irregularidades. Antíloco gana la carrera. Menelao acusa a Antíloco de haber incurrido en irregularidad. El Juez, Jueza o jurado encargado de dar el premio, para efectos de dirimir el pleito y establecer la verdad, paradójicamente no recurren al testigo de la baliza; no lo interroga sobre lo sucedido. La querella se contrae a los adversarios Menelao y Antíloco de la siguiente manera: Menelao desafía a Antíloco para que jure ante Zeus que no incurrió en ninguna irregularidad, y para ello debía poner la mano derecha sobre la cabeza del caballo y con la mano izquierda sostener la fusta. En ese instante, narra Homero, Antíloco frente a la exigencia de tal juramento (la prueba), renuncia a ella, no jura y reconoce así que cometió irregularidad¹⁰.

⁶ Marina Gascón Abellán. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid, Marcial Pons. 1999. p. 36.

⁷ Antíloco: hijo de Néstor y de Anaxibia, fue abandonado en el monte al nacer. Ex pretendiente de Helena, uno de los combatientes más aguerridos de la guerra de Troya, y gran amigo de Aquiles. Memnón lo mató cuando intentaba proteger a Néstor. Fue enterrado junto con Patroclo y Aquiles.

⁸ Menelao: rey de Esparta, hijo de Atreo y de Aérope, y hermano de Agamenón. Se casó con Helena. Tras el rapto de su esposa organizó, junto con su hermano, la expedición contra Troya. Mató a Paris y a Deífobo, además de luchar contra Héctor y Eneas; también defendió el cuerpo de Patroclo, y se escondió en el caballo de madera. Al final de la guerra volvió a su tierra natal con su esposa.

⁹ Patroclo: Debido a que mató en una pelea a su amigo Clisonimos, su padre lo envió con su tío Peleo, donde creció junto a Aquiles, y luego fue su compañero en la guerra de Troya, donde murió a manos de Héctor. Aquiles le dedicó unos juegos funerarios.

¹⁰ Michel Foucault. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona, Gedisa, 4ed. 1995. p. 40.

Lo anterior nos muestra una manera singular de producir la verdad jurídica, en donde todo se reduce a una especie de juego, prueba arcaica, que implica un cierto desafío. Así, el descubrimiento de la verdad quedaría en manos de los dioses¹¹.

Por último recordemos las llamadas «ordalías»¹² que fueron practicadas especialmente en la Edad Media occidental, bajo las reglas del enfrentamiento del acusado con otras fuerzas provenientes de los hombres, de Dios o de la naturaleza. Por ejemplo, el viejo Derecho Germánico en Occidente reglamentó los combates y duelos, en los que cada parte elegía un campeón que, con la fuerza, debía hacer triunfar su buen derecho¹³.

La prueba del hierro candente consistía en coger con las manos un hierro al “rojo vivo”, luego se examinaban las manos para descubrir si en ellas había signos de quemaduras que acusaban al culpable.

La ordalía del agua era muy común. Al imputado se le amarraban los brazos y las piernas. Se le lanzaba al agua, si flotaba era culpable, y si, por el contrario, se hundía, era inocente. Se argumentaba que el agua siempre estaba dispuesta a acoger en su seno a un inocente mientras rechazaba al culpable.

Como puede verse, en este sistema no se buscaba probar la verdad, sino la fuerza, la resistencia, el peso o la importancia de quien estaba bajo juicio. En el viejo Derecho Germánico, el proceso es sólo una continuación reglamentada, ritualizada, de la guerra¹⁴.

L. Ferrajoli, en Derecho y Razón, al criticar el modelo de prueba legal o tasada, con la limitación de los medios probatorios y la atribución a cada uno de ellos de un peso o valor propio, sostiene que es una prolongación lógica y coherente de la prueba irracional o de la ordalía, porque son un supuesto de prueba formal, en donde se excluye la investigación y la libre valoración del Juez o Jueza, sustituyéndolas por un juicio infalible y superior.

¹¹ Michel Foucault. La verdad y las formas jurídicas. Barcelona, Gedisa, 4ed. 1995. pp. 40-41.

¹² También llamadas “juicios de Dios”.

¹³ Eso nos recuerda las películas del “oeste” americano.

¹⁴ Michel Foucault. La verdad y las formas jurídicas. Barcelona, Gedisa. 4ed. 1995. p. 70.

12.2. EL MODELO EPISTEMOLÓGICO, COMO GUÍA PARA ENCONTRAR LA “VERDAD” EN LA INDAGACIÓN JUDICIAL

Las anteriores referencias históricas desnudan la problemática que encierra la indagación de la “verdad”, que no es un asunto fácil o meramente empírico, puesto que depende en gran medida del modelo epistemológico y la postura ideológica del Juez o Jueza, es decir, aquello que implícitamente nos orienta, y que hemos aprendido en la práctica judicial sin tener plena conciencia del mismo.

En general, nuestra formación de abogados y abogadas estuvo mediatizada por el ideal del conocimiento racional que supone la posibilidad de alcanzar certeza absoluta e incuestionable. Pero como no somos ingenuos, también hemos sospechado del modelo, hasta el punto de intuir que no existen “hechos brutos”, sino interpretados¹⁵ a partir de alguna teoría, lo que ha propiciado la toma de conciencia del carácter “relativo” de la verdad judicial fáctica. En suma, hemos aprendido a oscilar, sin saberlo, entre el modelo epistemológico realista y el subjetivista, bajo el cómodo amparo de la “verdad procesal”.

En esta unidad, de la mano de Marina Gascón Abellán, acogemos un modelo epistemológico cognoscitivista, entendiendo por tal, aquel según el cual los procedimientos de fijación de los hechos se dirigen a la formulación de enunciados fácticos que serán verdaderos si los hechos que describen han sucedido y serán falsos en caso contrario. La fijación de los hechos judicialmente relevantes no es un asunto de puro *decisionismo* o *constructivismo*, sino el resultado de un juicio descriptivo de hechos a los que se atribuye “existencia independiente”. Por ello, el concepto de verdad requerido por el modelo es el semántico de la *correspondencia* y el principal criterio de verdad es el de la *contratación empírica*.¹⁶ Si en últimas, el objetivo del proceso es la fijación judicial de los hechos, reconstruidos tal y como sucedieron, tiene entonces sentido la aspiración a conocer los hechos realmente acaecidos,

¹⁵ “[...] Al margen de la calificación jurídica de los hechos, que es una operación normativa, el juicio de existencia –se sostiene– también comporta una calificación, pues siendo individualizable el hecho sólo a través del lenguaje que “lo recorta” de la realidad, el juez no puede conocer ningún hecho, ni presente ni pasado, sin “calificarlo”, sin precisar de alguna manera de qué cosa se trata [...]”. Marina Gascón Abellán. Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba. Madrid, Marcial Pons. 1999. p. 37.

¹⁶ Estos conceptos fueron desarrollados en el módulo Prueba Judicial, análisis y valoración, publicado en rústica por la EJRLB, con autoría de Jairo Iván Peña Ayazo. Pp. 18-19.

pero sin ignorar la relatividad de la verdad alcanzada. Relativa es, por definición, la verdad procesal¹⁷.

En resumen, el modelo epistemológico cognoscitivista se caracteriza por:

a) Los enunciados fácticos se conciben como descripciones de hechos que tienen una existencia independiente de esos enunciados; es decir, los enunciados fácticos proporcionan información sobre los hechos, no los constituyen: la pretensión de quien los formula es referirse a una realidad externa.

b) Si decir que un enunciado fáctico es verdadero, significa que los hechos que describe han sucedido, el concepto de verdad requerido por el cognoscitismo es el semántico de la verdad como correspondencia o adecuación, no el de verdad como coherencia o como aceptabilidad justificada. Estos últimos pueden ser un “test” o criterio de verificación, pero no con la verdad¹⁸.

c) Cabe resaltar que el principal criterio de verdad de los enunciados ha de ser la contrastación empírica, lo que significa que la verdad de los enunciados que registran experiencias inmediatas se obtendrá por observación y la verdad del resto de los enunciados tendrá que comprobarse por medio de sus relaciones lógicas con estos. Lo cual no impide, advierte Gascón Abellán, que pueda recurrirse, por ejemplo, a la coherencia como criterio subsidiario de verdad cuando, por las razones que sea, el criterio principal se muestre insuficiente o inseguro; pero sólo como criterio “subsidiario” del principal, esto es, de la contrastación empírica¹⁹.

Estos aportes teóricos, vistos así tan resumidos, aparecen abstractos y tal vez inútiles al lector. Sin embargo, como se verá más adelante, la reflexión práctica del “Juez o Jueza proactivo” en los casos concretos que se analizarán, demostrará su bondad al momento de tomar las decisiones probatorias pertinentes.

Ahora bien, conviene recordar que en materia probatoria, hay principios y conceptos que pueden calificarse como básicos o esenciales. Veamos los más importantes:

¹⁷ Ibídem. pp. 51-52.

¹⁸ Ibídem. p. 65.

¹⁹ Marina Gascón Abellán. Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba. Madrid, Marcial Pons. 1999. p. 73.

12.3. EL JUEZ O JUEZA DEBE GARANTIZAR EL PRINCIPIO DE LA LIBERTAD PROBATORIA

En muchos casos el Juez o Jueza tiene dudas sobre la utilidad de la prueba, pero no tiene razones suficientes para negar el decreto de la misma. En tales circunstancias, su decisión debe ser favorable a la petición de la prueba, para efectos de garantizar el principio general “*probationes non sunt coartandae*”, es decir, que el Juez o Jueza no debe imponer obstáculos a las partes en materia probatoria.

12.4. DEBERES DEL JUEZ O JUEZA

Artículo 37 del CPC, modificado por el D.E. 2282/89, art. 1º, num. 13. Son deberes del Juez o Jueza:

Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y procurar la mayor economía procesal, so pena de incurrir en responsabilidad por las demoras que ocurran.

Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este código le otorga.

[...]

Emplear los poderes que este código le concede en materia de pruebas, siempre que lo considere conveniente para verificar los hechos alegados por las partes y evitar nulidades y providencias inhibitorias.

[...]

12.5. PRUEBAS DE OFICIO

El artículo 169 del CCA²⁰, subrogado por el D.E. 2304/89, nos indica que en cualquiera de las instancias el ponente podrá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad. Se deberán decretar y practicar conjuntamente con las pedidas por las partes; pero, si éstas no las solicitan, el ponente sólo podrá decretarlas al vencimiento del término de fijación en lista.

²⁰ ART. 169.—Subrogado, D.E. 2304/89, art. 37. Pruebas de oficio. En cualquiera de las instancias el ponente podrá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad. Se deberán decretar y practicar conjuntamente con las pedidas por las partes; pero, si éstas no las solicitan, el ponente sólo podrá decretarlas al vencimiento del término de fijación en lista.

Como se observa, el inciso primero faculta al Juez o Jueza para que en aras de hallar la “verdad” decrete sin restricciones las pruebas que considere pertinentes, conducentes y útiles al proceso. Solo se les impone al Juez o Jueza el deber de esperar el vencimiento del término de fijación en lista, y es obvio, porque debe esperar que las partes hagan las propuestas probatorias.

Además, en el inciso segundo del artículo 169 del CCA, en la oportunidad procesal de decidir, la Sala, Sección o Subsección (entiéndase Juez o Jueza) también podrá disponer que se practiquen las pruebas necesarias para esclarecer puntos oscuros o dudosos de la contienda. Para practicarlas deberá señalar un término de hasta diez (10) días, descontada la distancia, mediante auto contra el cual no procede ningún recurso.

12.6. RAZONES PARA DECRETAR PRUEBAS DE OFICIO

Algunos piensan que la característica de la “justicia rogada” restringe el deber de indagación de la verdad. Por eso el Juez o Jueza se inhibe de decretar pruebas oficiosas, para evitar “romper el equilibrio” procesal, o interpretaciones maliciosas de su actuar oficioso. Ese mito se rompe si somos conscientes de los siguientes argumentos, que resume con gran precisión Jairo Parra Quijano en su libro *Manual del Derecho Probatorio*²¹:

Las partes no tienen derechos adquiridos sobre verdades aparentes.

El Juez o Jueza debe ser activo en la búsqueda de la verdad.

Se protege intereses de terceros (así se evita la pseudo-verdad).

En materia laboral no hay igualdad de las partes.

12.7. EL LÍMITE DE LA PRUEBA OFICIOSA

Ahora bien, es cierto que las pruebas decretadas de oficio permiten al Juez o Jueza fallar cuando el hecho no aparece demostrado a iniciativa de las partes, pero también es cierto que el Juez o Jueza tiene un límite razonable, en la medida que

²¹ Parra Quijano, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá, Profesional, 4 ed. 1994.

debe exigir a las partes autorresponsabilidad probatoria, que los obliga a tomar la iniciativa. De allí que si no es posible llegar a la verdad por inercia de las partes, finalmente el Juez o Jueza debe utilizar el sucedáneo de prueba y aplicar la regla de la carga probatoria.

12.8. CARGA DE LA PRUEBA

Artículo 177 del CPC nos indica que *prima facie* la carga de la prueba está en cabeza de las partes, porque son a ellas las que incumbe probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Y por supuesto, los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba (CC, art. 1757).

12.9. SISTEMA INQUISITIVO

Aunque parezca obvio, dadas las conductas atávicas en nuestra jurisdicción, parece importante recordar que el artículo 168 del CCA, nos indica que en materia probatoria nos rige el sistema inquisitivo, por remisión directa al CPC, lo cual implica que las reglas previstas en el CPC se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas del CCA, especialmente las relacionadas con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración.

Aunque en el módulo de Prueba Judicial con autoría de Jairo Iván Peña Ayazo²² se trató lo concerniente a la conducencia, pertinencia y utilidad, creemos que vale recordar dichos conceptos para facilitar el repaso de estos conceptos al lector. Veamos:

a) La conducencia: Es la comparación entre el medio probatorio y la ley, a fin de saber, si el hecho se puede demostrar en el proceso, con el empleo de ese medio probatorio²³.

b) La pertinencia: Es la adecuación entre los hechos que se pretenden llevar al proceso y los hechos que son tema de la prueba en este²⁴. En este evento se examina el tema probatorio, no el medio probatorio.

²² Publicado por la EJRLB. Publicación en rústica. Agosto de 2007. pp.25-29.

²³ Parra Quijano, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Bogotá, Profesional, 4 ed. 1994. p. 27.

²⁴ Op. cit. p. 27.

c) La utilidad:²⁵ Se evalúa según el propósito de la prueba respecto del proceso. Así tenemos que una prueba conducente y pertinente podría ser inútil. No es fácil decidir cuándo una prueba es inútil, es allí donde mayor cuidado debe tener el Juez o Jueza. En cambio, podríamos decir, que sí podemos poner ejemplos de pruebas abiertamente inútiles para el proceso:

Hechos presumidos que no admiten prueba en contrario (*jure et de jure*).

Hechos presumidos que admite prueba en contrario (*juris tantum*).

Cuando el hecho está plenamente demostrado.

Cuando se trata de desvirtuar hechos que han sido objeto de juzgamiento, o decisiones con tránsito a cosa juzgada.

Que se puede probar mejor por otro medio probatorio.

Cuando se trata de probar negaciones indefinidas o hechos que no han existido.

Cuando el Juez o Jueza decida no decretar una prueba por inconducente, impertinente, y sobre todo, cuando la califique como inútil, lo ideal es que oficiosamente decrete las pruebas sustitutas necesarias para indagar directamente sobre la verdad de los enunciados fácticos relevantes.

12.10. LAS TRABAS PROBATORIAS

En la solicitud, decreto y recaudo de la prueba se pueden observar obstáculos o trabas que dilatan el proceso. Podríamos decir que es uno de los campos predilectos para el “*dominus litis*” por parte de los abogados y abogadas de las partes. Veamos algunos ejemplos clásicos que aquí llamamos las “trabas probatorias”:

No se anexan copias auténticas en la demanda: Este es un punto crítico. Aunque en las nuevas tendencias procesales se busca flexibilizar tal punto, hoy día a la luz de las normas procesales vigentes genera gran problema las copias informales. En las unidades siguientes veremos casos concretos sobre este punto.

²⁵ Utilizamos el concepto de utilidad porque nos parece más preciso que el de eficacia. En efecto, este último concepto tiene semántica precisa cuando se trata de eficacia jurídica. Parra Quijano prefiere el concepto de utilidad, y compartimos dicha apreciación.

Los documentos aportados son insuficientes, incompletos, ilegibles: Aunque parezca una nimiedad, si los documentos aportados adolecen de dichas fallas se convierten en una verdadera molestia para el Juez o Jueza, porque puede inducir a errores, inconsistencias, etc. En algunos casos obliga al decreto de pruebas oficiosas antes de fallar (inciso segundo del art. 169 del CCA), con la consecuente dilatación del proceso.

Si el “Juez o Jueza es pasivo” y no ordena el anexo de los antecedentes administrativos (art. 207, num. 6 del CCA). Y al contestar la demanda no anexan los antecedentes administrativos (parágrafo del art. 144 del CCA). Esta es otra manera de dilatar el trámite del proceso y generar incomodidades al Juez o Jueza, que muchas veces no tiene el expediente administrativo a tiempo para efectos de interpretar tempranamente las teorías del caso propuestas por las partes, y peor aún, cuando dicho expediente llega incompleto o ilegible.²⁶

La entidad solicita copia de documentos que están en su poder: Es típica esta solicitud de los abogados o abogadas que representan las entidades demandadas, abiertamente violatorias del parágrafo único del artículo 144 del CCA.

Las entidades a las cuales se les ordena la expedición de copias o certificaciones no atienden la petición. Muchas veces el Juez o Jueza al revisar el expediente, cuando va a proferir fallo, notan la desobediencia de la entidad, lo cual obliga a nuevos requerimientos, e implica dilatar la decisión. En los casos de grosera renuencia se deberían compulsar copias a la Procuraduría porque dichas omisiones afectan la administración de justicia.

La inasistencia de los testigos, y las excusas muchas veces poco convincentes. El Juez o Jueza no deben tomar a la ligera tales excusas, y a nuestro modo de ver debe sopesar con gran cuidado si se trata de una excusa valedera o de una estrategia dilatoria, o negligente de la parte.

Las dificultades para la designación, aceptación y posesión de los peritos. Este es otro de los puntos en donde el Juez o Jueza debe advertir a los empleados y empleadas del despacho para que estén atentos a dichas situaciones, y si es del caso, debe dar aplicación a las medidas correccionales que tiene el Juez o Jueza (arts. 9 y 11 del CPC).

²⁶ Ver Unidad 1, del módulo Juez Director del Proceso Contencioso Administrativo, guías procesales de casos típicos, –primera parte–, publicado en rústica por la EJRLB en el mes de agosto de 2007.

12.11. EL RECHAZO *IN LÍMINE* DE LAS PRUEBAS

El artículo 178 del CPC no indica que las pruebas deben ceñirse al asunto materia del proceso y el Juez o Jueza rechazará *in limine* las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas.

Esta facultad no puede tomarse a la ligera. Es importante advertir al Juez o Jueza sobre la carga argumentativa que tiene, cuando decide rechazar o no decretar una o varias pruebas. Respecto de tan delicada decisión la Corte Constitucional, mediante Sentencia SU-132 de 26 de febrero de 2002, con ponencia de Álvaro Tafur Galvis, manifestó:

“[...] la negativa a la práctica de pruebas solo puede obedecer a la circunstancia de que ellas no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos materia del proceso o que estén legalmente prohibidas o sean ineficaces o versen sobre hechos notoriamente impertinentes o se las considere manifiestamente superfluas (C.P., art. 178 y CPP, art. 250), pero a juicio de esta Corte, la impertinencia, inutilidad y extralimitación en la petición de la prueba debe ser objetivamente analizada por el investigador y ser evidente, pues debe tenerse presente que el rechazo de una prueba que legalmente sea conducente constituye una violación del derecho de defensa y del debido proceso [...]”.

12.12. CONFESIÓN DE ENTIDADES PÚBLICAS

El artículo 199 del CPC, modificado por el D.E. 2282/89, nos advierte que no vale la confesión espontánea de los representantes judiciales de la nación, los departamentos, las intendencias, las comisarías, los distritos especiales, los municipios y los establecimientos públicos.

Tampoco podrá provocarse confesión mediante interrogatorio de dichos representantes, ni de las personas que lleven la representación administrativa de tales entidades. Este es un clásico ejemplo de inconducencia de la prueba porque la ley prohíbe dicho medio probatorio.

Sin embargo, podrá pedirse que el representante administrativo de la entidad rinda informe escrito bajo juramento, sobre los hechos debatidos que a

ella conciernan, determinados en la solicitud. El Juez o Jueza ordenará rendir el informe dentro del término que señale, con la advertencia de que si no se remite en oportunidad sin motivo justificado o no se rinde en forma explícita, se impondrá al responsable una multa de cinco a diez salarios mínimos mensuales.

12.13. EL DEBER DE RESPONDER OPORTUNAMENTE A LA PETICIÓN DE UNA PRUEBA

La Corte Constitucional ha indicado que se vulnera el debido proceso cuando el funcionario judicial omite dar respuesta a una determinada petición de pruebas, cuando ha sido formulada oportunamente por alguno de los sujetos procesales. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha considerado que, al conocer una determinada solicitud de pruebas, el fiscal o el Juez o Jueza de la causa, tienen la obligación de responderla expresamente, ya sea en sentido positivo o negativo.

En efecto, de no darse una respuesta expresa, no existiría providencia alguna que pudiera ser objeto de recursos y, en consecuencia, se estaría privando arbitrariamente a las partes de su derecho a recurrir la correspondiente actuación judicial²⁷.

Por último, es importante recordar que la Corte Constitucional también ha señalado que el funcionario judicial cuenta con la oportunidad procesal para definir la pertinencia de las pruebas solicitadas, momento en el cual podrá negar la práctica de aquellas que considere impertinentes o inconducentes para el desarrollo del proceso. Sin embargo, y esto es importante, luego de decretar las pruebas, no es admisible que, arbitrariamente, so pretexto de impertinencia o inutilidad, se niegue a practicarlas, puesto que la realización de la totalidad de las diligencias decretadas por el funcionario se convierte en un derecho de los sujetos procesales²⁸.

Sin embargo, por obvias razones, cuando el Juez o Jueza decreta una prueba inconducente, es decir, no permitida por la ley, podrá corregir su error y abstenerse de practicarla. En esos casos no podría argumentarse que el sujeto procesal tiene derecho a la práctica de una prueba ilegal.

²⁷ Corte Const., Sent. T-694, jun. 12/2000. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁸ Corte Const., Sent. T-694, jun. 12/2000. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

RECAPITULANDO

En esta Unidad se resalta el papel proactivo que debe tener el Juez o Jueza cuando se trata de las pruebas, advirtiéndole que no es un asunto menor y que por tanto está bajo su responsabilidad. No sin antes recordar, que al momento de hacer la ponderación, *prima facie*, debe hacerse prevalecer el principio de libertad probatoria “*probationes non sunt coartandae*”.

Por otra parte, se busca incentivar al Juez o Jueza para que desde la admisión y contestación de la demanda implemente un control temprano de las pruebas solicitadas y no aplaze tal estudio para cuando deba decretar las mismas, porque en algunas oportunidades puede ser tarde. Cuando se llega a esta instancia sin una evaluación temprana, es altamente probable que no tenga los argumentos necesarios para negar el decreto de las mismas, o para dirigirlas adecuadamente.

Se resaltan algunas dificultades, que podemos calificar como las más comunes en la práctica procesal, cuando se trata del recaudo de pruebas, y que de una manera u otra provocan incomodidades o dilatan en forma abierta el proceso.

Por último, se recaba en los conceptos de verdad dentro del proceso, porque, desde luego, tienen una relación epistemológica esencial con el decreto, recaudo y valoración de las pruebas. Aunque este tema fue tratado en el módulo publicado por la EJRLB, intitulado Prueba Judicial, análisis y valoración, se consideró pertinente retomar el punto, para que los discentes repasaran tales conceptos desde la visión de otros autores, aunque en esencia el enfoque epistemológico sea el mismo. Es decir, ante todo se busca con este ensayo una complementación del texto general ya señalado.

UNIDAD 13

LA PRUEBA DOCUMENTAL

Por William Hernández Gómez

Oe

El propósito de la unidad es:

- El análisis práctico de la prueba documental en el proceso contencioso administrativo.
- Destacar las subreglas jurisprudenciales desarrolladas por el Consejo de Estado en relación con la prueba documental.
- Desarrollar habilidades en el discente y la discente para identificar problemas jurídicos derivados de la prueba documental.
- Hacer recomendaciones prácticas desde la perspectiva del Juez o Jueza director del proceso contencioso administrativo.

ENSAYO. CONCEPTOS CLAVE

La clasificación entre documentos públicos y privados no ofrece mayor dificultad. Las imprecisiones y dudas surgen cuando analizamos en detalle los documentos privados, porque la clasificación proveniente de la doctrina y sus interpretaciones jurisprudenciales generaba cierta confusión (declarativos dispositivos, declarativos constitutivos, simplemente declarativos, representativos, simplemente representativos).

Hoy podemos decir que dichas pautas han desaparecido en gran medida porque la L. 794/03, que modificó el artículo 277 del CPC, simplificó notablemente

la clasificación en tres grupos: i) los de naturaleza dispositiva; ii) los de naturaleza declarativa; y iii) los de naturaleza representativa.

Los documentos dispositivos son aquellos que contienen actos de voluntad para disponer de derechos o para asumir obligaciones, y pueden ser de carácter constitutivo o dispositivo.

Los documentos declarativos son aquellos que contienen una declaración de hombre, que puede referirse a hechos propios (confesional) o a hechos de terceros (testimonial strictu sensu).

Los documentos representativos son muy fáciles de identificar porque no contienen narraciones o declaraciones; se concretan básicamente en imágenes, por ejemplo: fotografías, pinturas, dibujos, planos, etc. Nota: un vídeo que registra personas hablando, es una prueba mixta, porque es representativa y también declarativa.

Veamos el esquema:

| De naturaleza Dispositiva | De naturaleza Declarativa | | De naturaleza Representativa |
|---|--|---|--|
| Ej: un testamento ológrafo ²⁹ ; un recibo, un contrato, etc. | De hechos propios (documento confesional). | De hechos relativos a terceros (documento testimonial strictu sensu). | No contienen narraciones o declaraciones. Ej: fotografías, pinturas, dibujos, etc. |

Otro punto que genera discusión o confusión es la valoración de los documentos privados de terceros en la relación procesal. Si tenemos claro el esquema anterior, entendemos mejor las reglas que contiene el artículo 277 del CPC. Veamos:

Si se trata de documentos de naturaleza dispositiva o representativa (art. 277-1), el valor probatorio depende de la autenticidad, y no interesa si proviene de una de las partes o de un tercero. En consecuencia, la valoración probatoria se

²⁹ También se escribe hológrafo.

orientará por el marco que nos ofrece, entre otros, los artículos 252, 254, 258, 264, 279 del CPC y por el artículo 11 de la Ley 446 de 1998.

Si se trata de documentos de naturaleza declarativa (art. 277-2), y provienen de un tercero en la relación procesal, podrán ser apreciados por el Juez o Jueza, sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contraria solicite ratificación³⁰.

Por otra parte, con frecuencia el Juez o Jueza tiene dudas si es legalmente admisible la valoración de las copias informales de un expediente (v.gr. civil, penal) que han sido anexadas por una de las partes al dossier en donde se tramita el proceso contencioso administrativo. Si nos atenemos al artículo 115, num. 5, del CPC, las copias informales no tienen valor probatorio de ninguna clase. Ni más, ni menos.

Sin embargo, el Consejero Juan Ángel Palacio Hincapié en su libro “La prueba judicial” ha señalado lo siguiente: “[...] como dice el profesor López Blanco, y lo compartimos, “creemos que el artículo 115 del CPC, que no otorga valor alguno a las copias informales, quedó modificado por la Ley 446 de 1998” [...]”³¹.

En efecto, el artículo 21 de la L. 446 de 1998 autoriza a los funcionarios (as) del nivel directivo de la Oficina de Archivo General de la Rama Judicial para expedir copias auténticas o informales, totales o parciales y certificaciones, de los expedientes bajo su custodia, las cuales se podrán hacer valer ante cualquier autoridad para los fines pertinentes, excepto para servir de título ejecutivo.

Lo ideal es que el Juez o Jueza proactivo desde la admisión de la demanda exija copias auténticas para evitar cualquier duda al respecto. Autenticidad que ha de presumirse si las copias se adosan por remisión directa del funcionario judicial en donde reposa el original del expediente, sin necesidad de sellos o firmas en cada una de los folios, como a veces se ha exigido. Generalmente en el oficio remisorio se advierte sobre la autenticidad de las copias y el número de folios. Si no lo hiciere, queda la opción de tenerlas por auténticas, según lo dicho antes. Por supuesto, si no prospera una posible tacha de falsedad.

Ahora bien, si el Juez o Jueza decide darle valor probatorio a las copias informales de piezas procesales provenientes de otros procesos, tendrá una carga

³⁰ Ver: CSJ, Cas. Civil, Sent. mar. 18/2002. Exp. 6649. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. CSJ. Cas. Civ. de sep. 4/2000; exp. 5565. M.P. CSJ, Cas. Civil, auto mayo 28/93, Exp. 4122. M.P. Héctor Marín Naranjo.

³¹ Palacio Hincapié, Juan Ángel. La prueba judicial. T. I. Bogotá, Doctrina y Ley. 2004. p. 101.

UNIDAD 13

argumentativa mayor, y para ello le servirán los expuestos por el Consejero Juan Ángel Palacio Hincapié. En todo caso, no puede pasar por alto la aparente antinomia que se observa en las dos normas antes citadas.

AUTOEVALUACIÓN

Esta Autoevaluación será muy útil para medir sus conocimientos respecto de las subreglas desarrolladas por la jurisprudencia del Consejo de Estado. Le sugerimos que responda las preguntas antes de analizar los casos, y saque sus conclusiones. Después de estudiar las guías prácticas de los casos típicos, de nuevo responda las preguntas. De seguro notará los cambios.

1. ¿El Juez o Jueza podrá darle valor probatorio al acta de liquidación del contrato que no tiene la firma del contratista?
2. ¿Cuál es el valor probatorio de las fotografías aportadas al proceso?
3. ¿Qué valor probatorio tiene la historia clínica y cuál es la carga probatoria de las partes respecto de ella?
4. ¿Cuáles son las conductas médicas que deben estar probadas en forma directa o indirecta en el proceso, para efectos de evaluar una eventual responsabilidad?
5. ¿Qué valor probatorio tendrá el acta de reconocimiento de un hijo, un mes después de la muerte de aquel?
6. ¿Qué valor probatorio debe darle el Juez o Jueza al registro civil de nacimiento aportado?
7. ¿Es suficiente el certificado de registro civil en donde aparezca la anotación de los progenitores, para acreditar el parentesco?
8. ¿Qué tanto afecta la ausencia de firma del padre o de la madre en el acta del registro civil, para efectos de valorar la autenticidad del documento, y sus consecuencias?
9. ¿Es ineficaz el registro civil que fue asentado tardíamente y luego de ocurrido el hecho dañoso?
10. ¿Puede el Juez o Jueza valorar los documentos privados emanados de terceros, de carácter declarativo, aunque no hayan sido ratificados o reconocidos por quienes los suscribieron?

Ae



11. ¿Qué valor probatorio tiene un documento privado que no está firmado por testigo alguno?
12. ¿Puede el Juez o Jueza negarse a decretar una exhibición de documentos, que se ajusta a los requisitos establecidos en el CPC, y a cambio, sustituirla por otra de oficio?
13. ¿Se podrá aceptar como prueba sumaria la copia simple aportada?
14. ¿Es válida la autenticación de la póliza por parte de la compañía de seguros que la expidió?
15. ¿El documento público en copia simple puede ser apreciado por el Juez o Jueza?
16. ¿Podrá probarse la inexistencia de perjuicios mediante exhibición de documentos?
17. ¿Se podrá conceder el recurso de apelación con fundamento en un memorial enviado por fax, sin antes cotejar con el original del documento?
18. ¿Cuándo y por qué se puede calificar como impertinente la prueba documental solicitada?
19. ¿Qué naturaleza tiene un documento privado firmado por un testigo en donde rinde un concepto técnico? ¿Será un documento o un testimonio? ¿Podrá valorarse un documento privado que da cuenta de hechos de un tercero sin la declaración de quien lo suscribe?

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Ap

Actividad pedagógica 1

GUÍAS PROCESALES DE CASOS TÍPICOS

A continuación el participante encontrará una serie de actividades que con su desarrollo, le permitirá afianzar los aprendizajes sobre la unidad. Por favor realice las siguientes cuestiones:

T

- Valor probatorio de un acta de liquidación de mutuo acuerdo de un contrato, cuando no está firmada por el contratista.

C

- En una controversia contractual el demandante anexa copia de un acta de liquidación bilateral que tiene la firma del representante legal de la entidad pública, pero sin firma del contratista. La copia coincide con el original que anexó la entidad demandada. El demandante alega que el acta tiene plena validez y por tanto se le debe dar el valor probatorio pertinente, porque el hecho de exhibirla en el proceso demuestra que está conforme con el contenido de la misma, y la firma del contratista es un simple formalismo, que se suple con la manifestación de aceptación que ha hecho en las actuaciones administrativas y con la presentación de la demanda.

Pj

- ¿El Juez o Jueza podrá darle valor probatorio al acta de liquidación del contrato que no tiene la firma del contratista?

N

- El artículo 60 de la Ley 80 precisa que los contratos que así lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes. En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y las transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

Sj

- Consejo de Estado refiriéndose a un caso similar indicó: “[...] La llamada acta de liquidación bilateral del contrato, que no fue suscrita por el contratista, no tiene existencia jurídica, en virtud precisamente de la ausencia de firma del contratista [...]”³².

Co

- En el caso propuesto, no tiene ningún valor probatorio el documento, porque el acta de liquidación sin las firmas de todas las partes es inexistente.

El Juez o Jueza como director del proceso deben ser cuidadosos al revisar los documentos aportados como pruebas, especialmente en lo que se refiere a las fechas de los documentos y las firmas que allí aparezcan.

Ap

Actividad Pedagógica 2

TC

- El valor probatorio de las fotografías.
- En un proceso una de la partes anexa varias fotografías sobre el sitio en donde ocurrieron los hechos. Se observa en

³² C.E. Sent. del 5 de julio de 1996. M.P. Carlos Betancur Jaramillo. Radicación número: 10037. Actor: Dalmiro Gómez Barrero. Demandado: Fondo Rotatorio de Valorización de Cundinamarca.

las fotografías un primer plano de un periódico de circulación nacional en donde se puede leer claramente la fecha del mismo.

Pj

- ¿Cuál es el valor probatorio de las fotografías aportadas al proceso?

N

- Según el artículo 277 del CPC los documentos privados de naturaleza dispositiva o simplemente representativa son auténticos de conformidad con el artículo 252 del CPC, es decir, cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado.

Sj

- La Corte Suprema de Justicia ha precisado que los documentos son simplemente representativos cuando, sin plasmar narraciones o declaraciones de cualquier índole, contienen imágenes, tal como acontece con las fotografías, pinturas, dibujos, etc³³.

El Consejo de Estado ha indicado que las fotografías son documentos privados representativos, si no se acredita que las tomó un funcionario público, en ejercicio de su cargo o con su intervención (art. 251 CPC).

“[...] La doctrina se ha pronunciado sobre el valor probatorio de este tipo de documento representativo; dice que las fotografías de personas, cosas, predios, etc., sirve para probar el estado de hecho que existía en el momento de ser tomadas, de acuerdo con la libre crítica que de ellas haga el juez; que son un valioso auxiliar de la prueba testimonial, cuando el testigo reconoce en la fotografía a la persona de la cual habla el lugar o la cosa que dice haber conocido [...]”³⁴.

³³ CSJ, Cas. Civil, auto mayo 28/93. Exp. 4122. M.P. Héctor Marín Naranjo.

³⁴ Sent. del 28 de julio de 2005. M.P. María Elena Giraldo Gómez. Radicación número: 27001-23-31-000-1992-01758-01(14998). Actor: Rubén Mosquera Hurtado y otros. Demandado: Nación, Ministerio de Educación. Ver también sentencias del 25 de julio de 2002, exp. 13811, actor: Jaime de Jesús Múnera, del 4 de diciembre de 2003, exp. 14634. Actor: Carlos Julio Mejía Peña y otros; ambos fallos con ponencia de la Consejera María Elena Giraldo Gómez.

C

- Según lo reseñado el valor probatorio de las fotografías dependerá en primer lugar de su autenticidad. Y su utilidad dependerá, de cada caso concreto, y en particular de la iniciativa probatoria de las partes y del Juez o Jueza.

Se recomienda al Juez o Jueza que al momento de decretar las pruebas examine cuidadosamente las fotografías, para efectos de deducir de allí otros enunciados fácticos susceptibles de probar en el proceso, para lo cual podrá decretar pruebas de oficio, si fuere el caso.

En la recepción de testimonios, es posible que dichas fotografías puedan ponerse de presente a los deponentes, o al perito, si fuere pertinente, para efectos de que dicha prueba documental representativa rinda sus mejores frutos para la libre crítica que sobre las mismas ha de hacer el Juez o Jueza al proferir sentencia.

En el caso de ilustración se destacó la inclusión en la imagen de un periódico de circulación nacional, recurso útil y más o menos frecuentado por los abogados (as), para efectos de tener certeza sobre la fecha en que se tomó la fotografía (artículo 280 del CPC). Si no existe tal certeza, el Juez o Jueza, como director del proceso, podría hacer preguntas a los testigos, o al perito, según el caso, para precisar fecha, circunstancias de tiempo, modo y lugar, etc.

De todas maneras la apreciación o valoración de la prueba estará sometida a la sana crítica del Juez o de la Jueza, sin olvidar que las fotografías sirven básicamente para probar el estado del hecho que existía al momento de tomarla.

A

Actividad pedagógica 3

T

- El valor probatorio de la historia clínica, la relación de causalidad. Diagnóstico erróneo. Carga probatoria de las partes.

C

- Un paciente ingresa al ISS con grave afección pulmonar y después de pocos días fallece. A la demanda se anexa la historia clínica en donde se consignó que al paciente se le había diagnosticado y tratado por SIDA. Los demandantes alegan que el paciente falleció a causa de la tuberculosis que padecía, lo cual demuestra el error de diagnóstico y tratamiento. Medicina Legal al practicar la autopsia³⁵ confirmó el diagnóstico de SIDA.

Pj

- ¿Qué valor probatorio tiene la historia clínica y cuál es la carga probatoria de las partes respecto de ella?

N

- El artículo 34 de la Ley 23 de 1981 dispone que en la historia clínica obligatoriamente se registrarán las condiciones de salud del paciente.

Por su parte el artículo 36 de la Ley 23 de 1981 indica que en todos los casos la historia clínica deberá diligenciarse con claridad.

Así mismo el artículo 12 del decreto 3380 de 1981 dispone que el médico dejará constancia en la historia clínica de la advertencia hecha sobre el riesgo del acto médico, o de la imposibilidad de hacerlo.

Sj

- Sobre el valor probatorio de la historia clínica, ha dicho el Consejo de Estado:

“[...] Debe destacarse que la historia clínica es la prueba más idónea para que los mismos profesionales y en general los centros de atención médica demuestren su actuación. No obstante, lo que conste en esta puede ser controvertido por las partes o desvirtuado con otros medios probatorios. En cuanto al error de diagnóstico aducido por los demandantes, considera la Sala que si bien los médicos del Instituto de Seguros Sociales no tuvieron certeza sobre la enfermedad que padecía el fallecido, en razón del poco tiempo que permaneció recluido en el hospital y del

³⁵ Para el caso de la necropsia debe haber exhumación, esto es, el cuerpo ya ha sido enterrado antes de practicarle la necropsia. Esa es la diferencia con la autopsia que se practica antes de la inhumación.

resultado de las pruebas clínicas que le practicaron, le suministraron el tratamiento correspondiente a SIDA, que fue la impresión diagnóstica que tuvieron, la cual fue confirmada por el forense del Instituto de Medicina Legal. Es decir, no hubo falla del servicio ni en el diagnóstico ni en el tratamiento suministrado. Ahora bien, la conclusión a la cual llegó el médico forense no fue cuestionada en la oportunidad legal por el apoderado de los demandantes ni existen razones científicas para considerarla desacertada. Debe destacarse además que si bien la tuberculosis y la varicela no son enfermedad mortal, en la generalidad de los casos, sí pueden llegar a serlo cuando el virus se presenta en pacientes que tienen destruido su sistema inmunológico. En síntesis, considera la Sala que la causa de la muerte quedó debidamente acreditada en el proceso y que esta no tuvo ningún vínculo causal con el servicio prestado por el Instituto de Seguros Sociales al paciente.[...]”³⁶.

En el caso de ilustración, el Consejo de Estado aunque admite que hubo un error o imprecisión de diagnóstico por el poco tiempo que tuvieron los galenos para tratar el paciente, el diagnóstico y tratamiento del SIDA fue acertado y así lo confirmó Medicina Legal. En el caso, la parte demandante tenía que controvertir la historia clínica, demostrando por otros medios probatorios, que el paciente no había sufrido de SIDA y de allí derivar la relación de causalidad.



- La historia clínica es el documento médico-legal por excelencia, que recoge toda la relación médico-paciente y todos los actos médicos y hospitalarios. Por tanto, tiene una importancia probatoria de primer orden en los casos de responsabilidad médica profesional.

Tal importancia se incrementa cuando es necesario examinar la pertinencia de la carga dinámica de la prueba.

Por regla general, la parte demandante tendrá que controvertir con otros medios probatorios lo consignado en la historia clínica.

³⁶ CE. Sección Tercera. Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Sent. del 22 de marzo de 2001. Radicación N° 25000-23-26-000-1992-8384-01(13166). Actor: Clementina López Bautista. Demandado: ISS. Ver también sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 30 de enero de 2001. Exp. 5507.

El Juez o Jueza debe exigir desde la admisión y contestación de la demanda, que se anexe copia completa y legible (preferiblemente mecanografiada) de la historia clínica.

Al decretar las pruebas, de conformidad con los hechos narrados, el Juez o Jueza debe tener cuidado en revisar si se trata de varias historias clínicas, las cuales deben integrarse. Con frecuencia se observa que las instituciones prestadoras de salud no reúnen en una sola carpeta la historia clínica, por ejemplo, la de urgencias, con la intrahospitalaria, o la de consulta externa. Incluso, a veces, se observa la historia clínica específica de intervenciones quirúrgicas desunida de las anteriores.

También se recomienda al Juez o Jueza que examine con cuidado si se anexa a la historia clínica formatos especiales de seguimiento, por ejemplo, cuando se suministran ciertas drogas de riesgo.

El Juez o Jueza, cuando reciba el testimonio de profesionales de la salud, puede poner de presente la historia clínica e indagar sobre el protocolo o procedimiento médico estandarizado para atender casos como los que ocupan al despacho en ese momento, y en particular, si se puede observar en la historia clínica concreta, el seguimiento del protocolo médico recomendado para dicho caso específico. Si por alguna razón se omitió pasos o se apartó del protocolo médico, el Juez o Jueza deberá solicitar las razones que motivaron la decisión médica, y si aparecen claramente consignadas en la historia médica.

Otra recomendación importante es observar la oportunidad del tratamiento, mirar en detalle los tiempos transcurridos entre el diagnóstico, los exámenes, y las órdenes médicas, etc. Preguntar a los profesionales de la salud sobre las consecuencias de diagnósticos o tratamientos tardíos, es una buena práctica interrogativa en estos casos.

Una historia clínica incompleta o mal diligenciada, o si el médico o la IPS no la aportan al proceso, deberá apreciarse por el Juez o Jueza, en la mayoría de los casos, como una debilidad probatoria de aquellos, y no como una carga probatoria de la parte demandante.

Anexo un listado de algunas de las abreviaturas más utilizadas en las historias clínicas, que pueden ser útiles al momento de interpretar o si se quiere, “descifrar”.

AF: Antecedentes personales.

EF: Examen físico.

UNIDAD 13

PA: Presión arterial.

FC: Frecuencia cardíaca.

FR: Frecuencia respiratoria.

PINRAL: Pupilas isocóricas normoreactivas a la luz.

C/P: Cardiopulmonar.

ABD: Abdomen.

EXT: Extremidades.

SNC: Sistema nervioso central.

IAM: Infarto Agudo al miocardio.

MI: Medicina interna.

UIS: Unidad Intermedia del Sur.

HSJD: Hospital San Juan de Dios.

DX: Diagnóstico.

TAC: Tomografía Axial computarizada.

TEC: Trauma encefalocraneano.

CA: Cáncer.

EPOC: Enfermedad Pulmonar Obstructiva crónica.

HT: Hemitorax.

IV: Intravenosa.

VD: Ventrículo derecho.

VI: Ventrículo izquierdo.

SDR: Síndrome de dificultad respiratoria.

VO: Vía oral.

ID: Impresión diagnóstica.

RX: Rayos X.

SEPSIS: Infección sistémica.

BNM: Bronconeumonía.

A_p

Actividad pedagógica 4

T
C

- Deberes y responsabilidades del médico. Lista de chequeo del débito prestacional médico.
- El Juez o Jueza administrativo examina las pruebas aportadas, especialmente las relacionadas con los deberes y responsabilidades médicas que deben estar acreditadas en el proceso. Tiene serias dudas sobre cuáles son los indicadores del débito prestacional al que está obligado el médico, para poder decidir si actuó con diligencia o no.

P_j

- ¿Cuáles son las conductas médicas que deben estar probadas en forma directa o indirecta en el proceso, para efectos de evaluar una eventual responsabilidad?

N
S_j

- Ley 23 de 1981 o Estatuto de Ética Médica.
- El Consejo de Estado por vía jurisprudencial ha precisado los siguientes deberes y obligaciones, que de una u otra manera deben estar probados directamente, o al menos, por vía de indicios, sobre todo a partir de la historia clínica. Veamos la parte pertinente:

“[...] analizada integralmente la totalidad de la conducta médica, esto es, involucradas todas las fases o etapas que hacen parte del amplio programa prestacional, es evidente que la obligación de prestar asistencia médica configura una relación jurídica compleja. Esa relación está compuesta por una pluralidad de deberes-obligaciones; así lo destaca la doctrina al enunciar dentro de la pluralidad del contenido prestacional médico unos deberes principales y otros secundarios. Respecto de los deberes principales están, por lo general, los de ejecución, de diligencia en la ejecución, de información y de guarda del secreto médico. Descendiendo al acto médico propiamente dicho, aparecen los denominados deberes secundarios de conducta como son atinentes a la elaboración del diagnóstico, de información y elaboración del diagnóstico, de información y elaboración de la historia clínica, la práctica adecuada y cuidadosa de los correspondientes interrogatorios y la constancia escrita de los datos relevantes expresados por el paciente, la obtención de su voluntad, si ello es posible, el no abandono del paciente o del tratamiento y su custodia hasta que sea dado de alta. Estos deberes secundarios son, entre otros muchos, los que integran el contenido prestacional médico complejo. A lo anterior se agrega que en ocasiones, excepcionalmente, el resultado al que se orienta la intervención médica hace parte del débito prestacional y, por lo mismo, tratándose de una típica obligación de resultado, el fundamento de la responsabilidad varía substancialmente, siempre y cuando el incumplimiento y la prueba del daño evidencien la relación de causa a efecto, en los cuales aparece extraña la noción de mera actividad. [...]”³⁷.

Co

- El anterior extracto jurisprudencial nos permite elaborar el siguiente cuadro de chequeo o control para efectos de guiar la decisión judicial en los casos en donde esté cuestionado el acto médico. Veamos:

| | |
|-----------------------------|--|
| Deberes principales: | Los de ejecución. De diligencia en la ejecución. De información. Guarda del secreto médico. |
|-----------------------------|--|

³⁷ CE, Sección Tercera. Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Sentencia del 07 de octubre de 1999. Radicación número: 12655. Actor: Bernardo Roldán y otros. Demandado: Instituto Metropolitano de Salud de Medellín; ISS.

| | |
|--|---|
| Deberes secundarios: (acto médico propiamente dicho) | Entre otros: -Información y elaboración del diagnóstico. -Información y elaboración de la historia clínica. -La práctica adecuada y cuidadosa de los correspondientes interrogatorios. -La constancia escrita de los datos relevantes expresados por el paciente. -La obtención de su voluntad, si ello es posible. -El no abandono del paciente o del tratamiento. -Su custodia hasta que sea dado de alta. |
| Deberes de resultado (en casos excepcionales) | Al tratarse de una típica obligación de resultado, el fundamento de la responsabilidad varía substancialmente, siempre y cuando el incumplimiento y la prueba del daño evidencien la relación de causa a efecto. |

A

Actividad pedagógica 5

T

C

- Prueba de la paternidad reconocida post mórtem.
- En un proceso de responsabilidad administrativa, el demandante comparece como supuesto padre de quien falleció en un accidente de tránsito, atropellado por un vehículo oficial. Para acreditar la paternidad anexa el acta de reconocimiento del hijo, un mes después de la muerte de este último.

P

- ¿Qué valor probatorio tendrá el acta de reconocimiento de un hijo, un mes después de la muerte de aquel?

N

- El artículo 240 del CC. prescribe que la legitimación del hijo requiere la notificación y aceptación del legitimado únicamente en los casos en los cuales no se produce ipso jure, es decir, cuando los padres no habían reconocido como natural al hijo que había nacido antes de su matrimonio (art. 239 CC.). El art. 243 del mismo código consagra, para el legitimado, el derecho de aceptar o repudiar la legitimación, lo cual deberá hacerse mediante instrumento público, dentro de los 90 días siguientes a su notificación; el silencio significará aceptación. El ejercicio de este derecho requiere de capacidad legal, pues, “el que necesite tutor o curador para la administración de sus bienes, no podrá aceptar ni repudiar la legitimación sino por el ministerio o con el consentimiento de su tutor o curador general, o de un curador especial, y previo decreto judicial” (art. 242 CC.).

El art. 244 del CC. regula el trámite para que un hijo extramatrimonial muerto pueda ser reconocido por sus padres. Para tal efecto, “se hará la notificación a sus descendientes legítimos, los cuales podrán aceptarla o repudiarla” en las mismas condiciones en que podría hacerlo el hijo legitimado.

Señala el art. 4º de la Ley 75 de 1968 que el reconocimiento no crea derechos a favor de quien lo hace sino una vez que ha sido notificado y aceptado de la manera indicada en el Título 11 del Libro 1º del Código Civil.

Sj

- El Consejo de Estado ha señalado que carece de efectos probatorios el reconocimiento de un hijo extramatrimonial cuando se efectúa con posterioridad a la muerte del hijo y, por consiguiente, sin la aceptación de que trata el art. 4º de la Ley 75 de 1968, antes transcrito, en concordancia con art. 243 del CC³⁸.

Co

- En principio el Juez o Jueza no debe darle ningún valor probatorio a dicho documento, a menos que se haya surtido la notificación a los parientes, si los hubiere, de conformidad con el art. 244 del CC. para que los

³⁸ CE. Sección Tercera. Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Sent. del 3 de febrero de 2000. Radicación N° 11457. Actor: Jorge Aníbal Rincón Montaña y otros. Demandado: La Nación Mindefensa-Polinal. Ver también C.E, sentencia de febrero 20 de 1992, Exp. 6514.

descendientes legítimos lo acepten o repudien. Si no se ha cumplido dicho trámite, bien porque no se acreditó en el proceso, o porque no existen descendientes, entonces no tendrá ningún valor probatorio el reconocimiento post mórtem del hijo fallecido para efectos de legitimación en la causa y posibles indemnizaciones por la muerte accidental³⁹.

Ap

Actividad pedagógica 6

TC

- Reconocimiento de la maternidad post mórtem.
- Se anexó al proceso el registro civil de nacimiento del occiso, en el cual consta que es hijo de la demandante. Este registro se sustentó con el “Acta Parroquial Eclesiástica”, con fecha posterior a la muerte del hijo que, según los hechos de la demanda, tiene la condición de extramatrimonial.

Pj

- ¿Qué valor probatorio debe darle el Juez o Jueza al registro civil de nacimiento aportado?

N

- Según el artículo 1º de la Ley 45 de 1936, la calidad de madre soltera o viuda se tiene “por el solo hecho del nacimiento”.

³⁹ El tratadista Arturo Valencia Zea hace el siguiente comentario sobre esta disposición: “De donde claramente se deduce que en derecho colombiano no puede reconocerse al hijo natural muerto, si no ha dejado descendientes legítimos, por cuanto no existe a quién hacerle la notificación, ni está legitimado para aceptarla o repudiarla. Esta es una buena norma, puesto que se evita que el padre reconozca al hijo muerto para heredarlo, en razón de que los hijos legítimos recogen la herencia con exclusión del padre o la madre”. Derecho Civil, T. V. Bogotá: Editorial Temis, p. 544.

De conformidad con el art. 335 del CC. “La maternidad, esto es, el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo, podrá ser impugnada, probándose falso parto, o suplantación del pretendido hijo al verdadero.”

Según el art. 48 del Decreto 1260 de 1970, la inscripción del nacimiento deberá hacerse ante la autoridad competente, dentro del mes siguiente a su ocurrencia. A su vez el art. 50 de este decreto, con todas las modificaciones posteriores, contempla el procedimiento a seguir para efectos de registrar un nacimiento cuando ha transcurrido el mes de que trata el artículo anterior.

El art. 49 del Decreto 1260 de 1970 establece que el nacimiento se acreditará mediante certificado del médico o de la enfermera que haya asistido a la madre en el parto, y en defecto de aquel, con declaración juramentada de dos testigos hábiles.

Sj

- El Consejo de Estado, haciendo una interpretación extensiva del art. 1º de la Ley 75 de 1968, que modificó el art. 2º de la Ley 45 de 1936, y dejó vigente su art. 1º, consideró que, “[...] la maternidad se prueba con la firma de la madre en el acta de nacimiento, y que en su ausencia, por la investigación que debe adelantarse conforme al inciso final de dicho artículo, común a padre y a madre y la comparecencia de los mismos [...]”⁴⁰.

Pero también ha advertido la Sección Tercera del Consejo de Estado que la Ley 75 de 1968, no establece que la maternidad se pruebe con la firma de la madre en el acta de nacimiento; por el contrario, el mismo ordenamiento legal, en concordancia con el precitado art. 1º de la Ley 45 de 1936, dispone que la calidad de madre se infiere del solo nacimiento, hecho que es objeto de registro, cumplido lo cual se tendrá por cierto mientras no sea desvirtuado por los procedimientos previstos para tal efecto⁴¹.

En particular, el Consejo de Estado refiriéndose a la maternidad reconocida post mórtem, expresa que “[...] En el presente proceso obra el registro civil del nacimiento del occiso LFRR, en el cual consta que es hijo de la demandante MARÍA

⁴⁰ CE. Sentencias de septiembre 22 de 1983, Exp. 3880; de junio 14 de 1991, Exp. 6300; de junio de 1994, Exp. 7845.

⁴¹ CE. Sentencia del 19 de agosto de 1999, Exp. 14946.

CR. Este registro se realizó con el “Acta Parroquial Eclesiástica” el 18 de enero de 1993, es decir, con posterioridad a la muerte del hijo que, según los hechos de la demanda, tiene la condición de extramatrimonial (fl. 15, c. 1). Como la inscripción de maternidad no ha sido contradicha, se presume su autenticidad, y, en consecuencia, está llamada a producir efectos jurídicos (decreto 1260 de 1970, art. 103). Probada la maternidad, se presume el perjuicio moral que le produjo la desaparición de su hijo, presunción que se refuerza con el testimonio de su hijo JR [...]”⁴².

Co

- Respecto de la madre, si se presenta el registro civil de nacimiento, aunque tenga fecha posterior a la muerte del hijo que se reconoce, el Juez o Jueza debe darle plena credibilidad si no se ha controvertido.

Se recomienda al Juez o Jueza que tenga gran cuidado en distinguir estos reconocimientos post-mortem, porque es diferente la situación cuando se trata de la madre, de la del padre.

Así mismo, se recomienda que, en general, observe con cuidado las fechas de expedición y de constitución o realización de los registros civiles que se exhiben como prueba documental, para constatar que no se hubiesen expedido después de la muerte del occiso.

Ap

Actividad pedagógica 7

T

- El registro civil es prueba suficiente para acreditar el parentesco con los padres.

⁴² CE. Sent. del 3 de febrero de 2000. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Radicación número: 11457. Actor: Jorge Aníbal Rincón Montaña y otros. Demandado: La Nación, Mindefensa-Polinal-.

C

- En los alegatos de conclusión la parte demandada argumenta que no se demostró la legitimación de la causa por activa, porque aunque se adjuntó el registro civil de nacimiento, aquel documento es una prueba incompleta, si no se aportó el registro civil de matrimonio. Por tanto, solo con ambos documentos se puede acreditar el parentesco.

Pj

- ¿Es suficiente el certificado de registro civil en donde aparezca la anotación de los progenitores, para acreditar el parentesco?

N

- De los artículos 1, 101, 54, 105, 112 y 115 del Decreto 1260 de 1970, se puede deducir que el certificado de registro civil es suficiente.

Sj

- “[...] resulta claro que cuando se expida un certificado de registro civil de nacimiento y en él consten los nombres de los progenitores del inscrito, dicho documento constituirá prueba suficiente para acreditar el parentesco de consanguinidad existente entre este y aquellos. En efecto, si tales nombres fueron indicados en el correspondiente certificado, es porque el inscrito nació dentro de un matrimonio legalmente celebrado o, siendo hijo extramatrimonial, fue reconocido por su padre o se declaró judicialmente su paternidad. Y no puede el juez exigir pruebas adicionales para establecer el parentesco, so pena de desconocer la solemnidad prevista por la ley, de manera excepcional, para la demostración de los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas, conforme a lo dispuesto en el citado artículo 105 del Decreto 1260 de 1970 [...]”⁴³.

En otra sentencia dijo el Consejo de Estado:

“[...] Por último, reitera la Sala lo expresado en sentencia del 26 de agosto de 1999, Exp. 13041, en el sentido de que “si la práctica de los notarios, en cuanto

⁴³ CE. Sección Tercera. Ponente: Alíer E. Hernández Enríquez. Sent. del 21 de septiembre de 2000. Radicación N° 11766. Actor: José Epímenio López Gómez y otros. Ver también sentencia del 26 de agosto de 1999, Exp. 13041.

el (sic) asentamiento de los registros, puede calificarse de omisiva frente a los requisitos de ley, esa conducta no quita la fuerza que tiene el documento [...]”⁴⁴.

Co

- El Juez o Jueza administrativo debe examinar si en cada caso concreto es absolutamente necesario el certificado de registro del matrimonio. Recuerde que antes de decidir sobre el asunto debe observar si en el registro civil aparece el nombre de los progenitores.

Ap

Actividad pedagógica 8

T

- La falta de firma del padre o de la madre en el registro civil no es suficiente para desvirtuar la presunción de autenticidad del documento público.

C

- El Juez o Jueza examina el registro civil con el cual se pretende acreditar un parentesco. Observa que ni el supuesto padre, ni la madre, firmaron el acta respectiva. La parte demandada alega que dicho documento no puede tenerse como prueba, porque sin la firma no podrá probarse la relación de parentesco.

Pj

- ¿Qué tanto afecta la ausencia de firma del padre o de la madre en el acta del registro civil, para efectos de valorar la autenticidad del documento, y sus consecuencias?

N

- Artículos 49 y 105 del Decreto 1260 de 1970. Artículos 264, 269 y ss. del CPC.

⁴⁴ CE. Sección Tercera. Ponente: Alier E. Hernández Enríquez. Sentencia del 19 de julio de 2001. Radicación: 52001-23-31-000-1995-6703-01(13086). Actor: Jorge Alfredo Caicedo Cortés. Demandado: Nación, Mindefensa, Armada Nacional.



- Respecto de la firma de la madre en el registro civil de nacimiento, en un principio el Consejo de Estado había considerado indispensable la firma de aquella en el acta, pero tal posición fue rectificada. Veamos:

“[...] Inicialmente, el art. 318 del CC. establecía que tanto el padre como la madre de los hijos nacidos fuera de matrimonio, debían reconocerlos como hijos naturales “por instrumento público entre vivos, o por acto testamentario”. Respecto de la madre, esta exigencia desapareció al entrar en vigencia la Ley 45 de 1936, la cual en su art. 1º prescribe que la calidad de madre soltera o viuda se tiene “por el solo hecho del nacimiento”. De conformidad con el art. 335 del CC. “La maternidad, esto es, el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo, podrá ser impugnada, probándose falso parto, o suplantación del pretendido hijo al verdadero.” En anteriores pronunciamientos, el Consejo de Estado, haciendo una interpretación extensiva del art. 1º de la Ley 75 de 1968, que modificó el art. 2º de la Ley 45 de 1936, dejando vigente su art. 1º, consideró que, “la maternidad se prueba con la firma de la madre en el acta de nacimiento, y que en su ausencia, por la investigación que debe adelantarse conforme al inciso final de dicho artículo, común a padre y a madre y la comparecencia de los mismos.” Sin embargo, la Sala ha precisado que la Ley 75 de 1968, no previene que la maternidad se pruebe con la firma de la madre en el acta de nacimiento; por el contrario, el mismo ordenamiento legal, en concordancia con el precitado art. 1º de la Ley 45 de 1936, dispone que la calidad de madre se infiere del solo nacimiento, hecho que es objeto de registro, cumplido lo cual se tendrá por cierto mientras no sea desvirtuado por los procedimientos previstos para tal efecto. En consecuencia, el registro civil de nacimiento constituye prueba de la calidad de madre, pues, además de estar amparado por la presunción de legalidad, su expedición supone que se ha acreditado el hecho del parto, en relación al hijo cuyo nacimiento se inscribe. Según el art. 48 del Decreto 1260 de 1970, la inscripción del nacimiento deberá hacerse ante la autoridad competente, dentro del mes siguiente a su ocurrencia. A su vez el art. 50 de este decreto, modificado por el art. 1º del Decreto 999 de 1988. Por su parte, el art. 49 del Decreto 1260 de 1970 establece que el nacimiento se acreditará mediante certificado del médico o de la enfermera que haya asistido a la madre en el parto, y en defecto de aquel, con declaración juramentada de dos testigos hábiles. Como la inscripción de maternidad no ha sido contradicha, se presume su autenticidad,

y, en consecuencia, está llamada a producir efectos jurídicos (Decreto 1260 de 1970, art. 103).[...]”⁴⁵.

Respecto de la firma del padre, las consideraciones son semejantes a las antes señaladas. Veamos:

“[...] Resulta claro que cuando se expida una copia del registro civil de nacimiento o un certificado del mismo y en él consten los nombres de los progenitores del inscrito, dicho documento constituirá prueba suficiente para acreditar el parentesco de consanguinidad existente entre este y aquellos. En efecto, si tales nombres fueron indicados en el correspondiente folio o certificado, es porque se cumplieron los requisitos ya indicados para que pueda darse fe del nombre de la madre del inscrito, y en cuanto al padre, porque aquel nació dentro de un matrimonio legalmente celebrado o, siendo hijo extramatrimonial, fue reconocido por este o se declaró judicialmente su paternidad. Y no puede el juez exigir pruebas adicionales para establecer el parentesco, so pena de desconocer la solemnidad prevista por la ley, de manera excepcional, para la demostración de los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas, conforme a lo dispuesto en el artículo 105 del Decreto 1260 de 1970. En el presente caso, se observa que la parte actora aportó con la demanda tanto la copia autenticada del acta de registro civil de nacimiento de Juan Carlos Ríos González, como el certificado de dicho registro, y en ambos documentos se indica que el inscrito es hijo de Cristóbal Ríos y Belén González. Por esta razón, es claro que constituyen pruebas idóneas para demostrar que el primero es hijo de los segundos, y, por lo tanto, la relación de parentesco existente entre aquel y Luis Alfonso Ríos González. Se observa, sin embargo, que en la copia del acta citada, no consta que Cristóbal Ríos hubiera reconocido a Juan Carlos como su hijo, y no firmó el acta como testigo; tampoco consta que luego se hubiera declarado judicialmente su paternidad. Lo anterior, unido al hecho de que en la demanda se afirma que Cristóbal Ríos y Belén González no se casaron, sino que sostuvieron por varios años una relación de concubinato estable, puede constituir un indicio sobre el indebido asentamiento del registro. Sin embargo, ello no resulta suficiente para desvirtuar la presunción de autenticidad del documento público; sería necesario iniciar las acciones conducentes para la corrección o anulación de la inscripción, así como para establecer la posible responsabilidad penal o disciplinaria del funcionario encargado de asentarlo. Podría esta Sala, por lo demás, decretar una prueba oficiosa, a fin de aclarar la situación planteada; sin embargo, ello no resulta

⁴⁵ CE., Sección Tercera. Ponente: Alir E. Hernández Enríquez. Sentencia del 03 de febrero de 2000. Radicación N° 11457. Actor: Jorge Aníbal Rincón Montaña y otros. Demandado: Nación, Mindefensa, Polinal.

necesario para la adopción de una decisión en el proceso. En efecto, en cuanto a la prueba de la relación de parentesco existente entre Juan Carlos Ríos González y Belén González, se observa que este hecho fue acreditado ante el notario por los dos testigos que, efectivamente, suscribieron el acta; es este, como se ha explicado, uno de los modos de probar la maternidad, según lo dispuesto en el artículo 49 del Decreto 1260 de 1970. Así las cosas, y al margen de las dudas que pudieran plantearse sobre la relación de parentesco existente entre Juan Carlos Ríos y Cristóbal Ríos, en el proceso se encuentra acreditada la relación de hermanos entre el primero y la víctima, dada la condición de hijos que ambos tienen respecto de la señora Belén González. Bastarían, entonces, las pruebas del parentesco aportadas al proceso, para que esta Sala considerara demostrado, mediante indicios, el daño moral reclamado por los demandantes. [...]”⁴⁶.



- Por regla general el Juez o Jueza debe darle valor probatorio a las actas o copias de los registros civiles que se anexen al proceso, porque dichos documentos están amparados por la presunción de autenticidad (artículo 264 del CPC). La parte contra quien se presente un documento, público o privado, podrá tacharlo de falso en la contestación de la demanda, tal y como lo indica el artículo 289 y ss. del CPC. Por tanto, la carga de la prueba la tiene dicha parte.

Tal y como lo indica el Consejo de Estado, el Juez o Jueza administrativo no podrá exigir pruebas adicionales para establecer el parentesco, so pena de desconocer la solemnidad prevista por la ley, de manera excepcional, para la demostración de los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas, conforme a lo dispuesto en el artículo 105 del Decreto 1260 de 1970.

⁴⁶ CE., Sec. III, sent. del 21 de septiembre de 2000. Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Radicación número: 11766. Actor: José Epigmenio López Gómez y otros.

Ap

Actividad pedagógica 9

T

- Valor probatorio del registro civil de nacimiento después de vencido el término de un mes (art. 48 del D. 1260/70), y asentado con fecha posterior a la ocurrencia del hecho dañoso por el cual se demanda.

C

- En los alegatos de conclusión la parte demandada argumenta que no fue probado el parentesco aducido por los demandantes, porque los registros civiles aportados al proceso como pruebas, fueron asentados después de haber ocurrido el hecho dañoso, y cuando los menores ya tenían 10 y 15 años de edad.

Pj

- ¿Es ineficaz el registro civil que fue asentado tardíamente y luego de ocurrido el hecho dañoso?

N

- El artículo 48 del Decreto 1260 indica que la inscripción del nacimiento deberá hacerse ante el correspondiente funcionario encargado de llevar el registro del estado civil, dentro del mes siguiente a su ocurrencia.

Por su parte, el artículo 50 del Decreto 1260 (con sus modificaciones) contempla el procedimiento a seguir cuando se trate de la inscripción extemporánea de nacimiento en el registro civil.

Sj

- El Consejo de Estado ha señalado que por regla general debe prevalecer la presunción de legalidad de los registros civiles. Ahora bien, el asentamiento tardío de los registros civiles no implica ineficacia, invalidez, o inexistencia. De los artículos 48 y 50 del Decreto ley 1260 de 1970, se puede deducir que aquella situación solo ocasiona la indeterminación del estado civil durante el tiempo en que careció de registro. Veamos un caso similar:

“[...] El ordenamiento jurídico dispone sobre el registro del estado civil, en forma generalizada, que todo registro civil se presume legal, salvo cuando se demuestre su ilegalidad, mediante los mecanismos legales previstos para el efecto. Además aunque los registros civiles mencionados se asentaron después de treinta días de ocurrido el hecho registrado, como lo prescriben los artículos 48 y 50 del Decreto ley 1.260 de 1970, lo único que ello ocasionó fue la indeterminación del estado civil durante el tiempo en que careció de registro. Sobre tal situación la jurisprudencia contencioso-administrativa se ha pronunciado en reiteradas oportunidades para concluir que dicho asentamiento de registro civil sí sirve de prueba [...]”⁴⁷.

Co

- El Juez o Jueza administrativo no puede olvidar que en términos generales, el ordenamiento jurídico colombiano dispone que todo registro civil se presume legal, salvo cuando se demuestre su ilegalidad, mediante los mecanismos previstos para el efecto.

Ap

Actividad pedagógica 10

T

- Documento privado emanado de un tercero, aportado al proceso que no ha sido reconocido expresamente por quien lo suscribió.

C

- En los alegatos de conclusión una de las partes le dice al Juez o Jueza administrativo que no puede estimar los documentos privados que obran en el expediente (derechos de petición presentados por la comunidad), provenientes de terceros ajenos al litigio, porque no fueron ratificados, ni expresamente reconocidos por quienes los suscribieron.

⁴⁷ CE. Sección Tercera. Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Sent. del 17 de junio de 2004. Radicación número: 44001-23-31-000-1996-0825-01(15183). Actor: Elmer Francisco Vanegas Palmezano y otros. Demandado: Nación –Mindefensa, Polinal—. Ver también expediente número 13247 del 2 de mayo de 2005.

Pj

- ¿Puede el Juez o Jueza valorar los documentos privados emanados de terceros, de carácter declarativo, aunque no hayan sido ratificados o reconocidos por quienes los suscribieron?

N

- El artículo 277 del CPC modificado por la Ley 794 de 2003, indica que los documentos privados emanados de terceros, de contenido declarativo, se apreciarán por el Juez o Jueza sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contraria solicite ratificación.

El artículo 289 del CPC indica que la parte contra quien se presente un documento público o privado, podrá tacharlo de falso, en la contestación de la demanda, si se acompañó a esta, y en los demás casos, dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto que ordene tenerlo como prueba, o al día siguiente en que haya sido aportado.

Sj

- El Consejo de Estado ha indicado, que a partir de la ley 446 de 1998, cuando se trate de documentos declarativos emanados de terceros, y que hayan sido aducidos o presentados al juicio por las partes, por regla general deben ser estimados por el Juez o Jueza sin necesidad de ratificar su contenido, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: 1) Que se trate de documentos declarativos. 2) Que la parte contra la cual se aduce no solicite su ratificación⁴⁸.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha precisado:

“[...] Por el contrario, cuando se trate de documentos declarativos, su eficacia probatoria estará condicionada al carácter auténtico del mismo, únicamente cuando provenga de una de las partes, tanto más si son de contenido confesional; pero si dichos documentos emanan de un tercero, podrá el juez estimarlos ‘sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contraria solicite su

⁴⁸ CE. Sección Tercera. Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Sent. del 17 de junio de 2004. Radicación N° 44001-23-31-000-1996-0825-01(15183). Actor: Elmer Francisco Vanegas Palmezano y otros. Demandado: Nación –Mindefensa, Polinal.

ratificación’, según lo dispone, *expressis verbis*, el numeral 2° del artículo 10 de la Ley 446 de 1998, trasunto –en lo pertinente– del numeral 2° del artículo 22 del Decreto 2651 de 1991. En este sentido la Corte recientemente ha señalado que, ‘si el documento proviene de un tercero, la posibilidad de apreciarlo está dada por su naturaleza, como quiera que solo cuando son de contenido dispositivo o representativo, se requerirá que sean auténticos (art. 277 ib., num. 1°), mientras que si son simplemente declarativos, podrá el juez concederles valor, siempre que la parte contra quien se oponen no solicite, oportunamente, su ratificación (núm. 2° art. 10 L. 446/98 derogatorio del núm. 2° del art. 277 ib.)’ (se subraya; Cas. Civ. de sep. 4/2000; exp. 5565) [...]⁴⁹.

Co

- En este caso los derechos de petición que se anexaron al expediente, se pueden calificar como documentos de naturaleza declarativa, antes denominados “simplemente declarativos”, para distinguirlos de los dispositivos. Por tanto, para su valoración se tendrán en cuenta las reglas del artículo 277-2 del CPC.

Ap

Actividad pedagógica 11

T

- Los documentos privados no requieren la firma de dos testigos, para considerarlos auténticos. La Ley 446 derogó el inciso segundo del artículo 279 del CPC.

C

- En los alegatos de conclusión de una de las partes afirma que el documento privado que obra en el folio xx, no es plena prueba, sino una simple prueba sumaria, porque no está firmado por dos testigos, según lo indica el CPC.

⁴⁹ CSJ, Cas. Civil, Sent. mar. 18/2002. Exp. 6649. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Pj N

- ¿Qué valor probatorio tiene un documento privado que no está firmado por testigo alguno?
- El inciso final del artículo 279 del CPC indica que los documentos privados desprovistos de autenticidad tendrán el carácter de prueba sumaria, si han sido suscritos ante dos testigos.

El artículo 11 de la Ley 446/98 al referirse a la autenticidad de los documentos precisa que en todos los procesos, los documentos privados presentados por las partes para ser incorporados a un expediente judicial con fines probatorios, se reputarán auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación.

Sj

- “[...] Además, olvida el apelante que la Ley 446 de 1998 modificó el tema de la prueba documental en lo atinente a documentos privados, en el artículo 11. La doctrina ha entendido, con razón, que esa disposición derogó el inciso segundo del artículo 279 del CPC, que establecía que “los documentos privados desprovistos de autenticidad tendrán el carácter de prueba sumaria, si han sido suscritos ante dos testigos”, pues como consecuencia de la presunción que trae la Ley 446, todos los documentos privados se tienen como auténticos, de manera que “carece de razón la antigua diferencia... ellos tendrán el poder demostrativo que intrínsecamente tengan, sin necesidad del formalismo de que estén suscritos por dos testigos, el cual obviamente ha desaparecido”. Siendo así, no puede admitirse el argumento del recurrente, pues el contrato ha sido aportado en debida forma de acuerdo con la legislación vigente. [...]”⁵⁰.

Co

- El Consejo de Estado ha interpretado que el inciso final del artículo 279 del CPC ha sido modificado por el artículo 11 de la Ley 446/98.

⁵⁰ CE. Sección Tercera. Ponente: Alier E. Hernández Enríquez. Auto 0526(22481) del 02/11/14. Actor: Víctor Bolívar Parra Fernández. Demandado: Ministerio de Transporte; INVIAS.

Cuando el Juez o Jueza administrativo deba interpretar normas de carácter probatorio, además de estudiar el CPC debe consultar la Ley 446 de 1998, para efectos de tener el marco normativo completo, porque como se ve en el caso, no hay referentes precisos que indiquen derogación o subrogación normativa.

Ap

Actividad pedagógica 12

T

- No se puede negar la exhibición de documentos, con el argumento de que se ordenó de oficio anexar los mismos al proceso.

C

- El Juez o Jueza administrativo al momento de decretar las pruebas, niega a la parte demandante la práctica de una prueba consistente en la exhibición de documentos que, afirma, se encuentran en poder de la demandada. A cambio, de oficio ordena a la demandada que aporte dichos documentos.

Pj

- ¿Puede el Juez o Jueza negarse a decretar una exhibición de documentos, que se ajusta a los requisitos establecidos en el CPC, y a cambio, sustituirla por otra de oficio?

N

- Los artículos 283 a 288 del CPC contiene las reglas que deben seguirse en caso de que una de las partes quiera aportar prueba documental, si alguna de ellas se encuentra imposibilitada para hacerlo, porque a pesar de conocer de su existencia, se encuentra en poder de la otra parte o de terceros.

Sj

- El Consejo de Estado revocó una decisión similar con los siguientes argumentos:

“[...] En la contestación de la demanda, la entidad demandada solicitó fijar fecha y hora para que Seguros Generales Aurora S.A. y la Cooperativa Interregional de Colombia exhibieran, en audiencia pública, documentos de su propiedad. El Tribunal negó dicha solicitud porque, de oficio, ordenó a las partes allegar los documentos cuya exhibición se solicitaba. [...] la Sala observa que, en este caso, se cumplen los requisitos necesarios para que la exhibición pueda ser decretada. En efecto, al solicitar la prueba, la parte demandada expresó qué hechos pretendía demostrar con la misma, afirmando que pretende establecer la información que fue suministrada a la Aseguradora demandante y el conocimiento que la misma tenía acerca de todas las circunstancias que rodearon la celebración del contrato. Así mismo, afirma que los documentos se encuentran en poder de Seguros Generales Aurora y la cooperativa Interregional de Colombia Ltda. y describe la clase del documento que se solicita exhibir. Conforme a lo anterior, el decreto de la prueba resulta procedente. El Tribunal negó la prueba afirmando que los documentos, cuya exhibición se solicita, fueron pedidos de oficio para incorporarlos como prueba al expediente. No obstante, la Sala comparte la afirmación del recurrente según la cual la simple incorporación de los documentos no tiene los mismos efectos que la exhibición. Como se dijo, si el aportante es renuente para cumplir con la exhibición se le puede aplicar las sanciones establecidas en la ley, por esta razón, no es de recibo el argumento expuesto por el a quo. [...]”.⁵¹



- El Juez o Jueza administrativo debe ser muy cuidadoso en examinar la situación concreta y las posibles consecuencias que afecten el debido proceso, cuando se trate de negar pruebas. Ya habíamos señalado que el principio de libertad probatoria, *prima facie*, debe prevalecer.

⁵¹ CE. Sección Tercera. Ponente: Alíer E. Hernández Enríquez. Providencia del 17 de julio de 2003. Radicación N° 25000-23-26-000-2001-2816-01(21904)DM. Actor: Seguros Generales Aurora S.A. Demandado: Depto. de Cundinamarca.

A_p

Actividad pedagógica 13

T C

- Valor probatorio de un comunicado de la policía, que resulta contrario a la realidad procesal.
- Al proferir sentencia el Juez o Jueza administrativo encuentra que el comunicado emitido por la policía involucra al señor XX en la presunta comisión de un homicidio múltiple. Sin embargo, los oficios expedidos por la Fiscalía demuestran que el señor XX nunca estuvo vinculado al proceso penal adelantado en relación con los hechos y ni siquiera fue indagado.

P_j

- ¿La policía debe constatar con la Fiscalía la información, antes de expedir un comunicado que pueda lesionar el buen nombre de una persona?

S_j

- El Consejo de Estado ha señalado que “[...] le correspondía a la autoridad policiva y previo a la difusión de información que lesionaba gravemente el buen nombre y honra de ese particular, verificar los resultados arrojados tanto por la investigación penal iniciada con ocasión de la masacre perpetrada días antes, como por las diligencias adelantadas por el Fiscal de Reacción Inmediata a quien se le había puesto a disposición el capturado. Posteriormente y pese a que el particular ofendido solicitó rectificación de la información transmitida, tal solicitud no fue atendida, como se desprende de la comunicación dirigida por E.V. al Comandante del Departamento de Policía de La Guajira, en la cual consta que fue recibida en la Policía Nacional el 30 de enero de 1996 y la negación indefinida del actor de no haber recibido respuesta, sumado al silencio del demandado sobre este punto [...]”⁵².

⁵² CE. Sección Tercera. Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Sent. del 17 de junio de 2004. Radicación N° 44001-23-31-000-1996-0825-01(15183). Actor: Elmer Francisco Vanegas Palmezano y otros. Demandado: Nación –Mindefensa, Polinal.

Co

- Según la jurisprudencia antes señalada, prima facie, los organismos de seguridad no pueden difundir información que afecte el buen nombre de un ciudadano, si se trata de asuntos judiciales, sin antes constatar con la Fiscalía o la autoridad judicial correspondiente, la verdadera situación jurídica del presunto implicado.

Sin embargo, la regla general no podrá aplicarse en forma absoluta. El Juez o Jueza administrativo deberá examinar en cada caso las fuentes utilizadas por los organismos de seguridad, el grado de verdad de lo difundido, las circunstancias de tiempo y lugar, etc.

Ap

Actividad pedagógica 14

T

- Valor probatorio de la copia simple de una póliza de seguros. Copia auténtica. Copia autenticada por la compañía de seguros.

C

- El Juez o Jueza examina la copia de una póliza de seguros que fue aportada para efectos de sustentar el llamamiento en garantía. Además se anexó otra copia de la póliza, autenticada por la compañía de seguros. Quien anexa el documento asegura que se trata de una copia autenticada.

Pj

- ¿Se podrá aceptar como prueba sumaria la copia simple aportada? ¿Es válida la autenticación de la póliza por parte de la compañía de seguros que la expidió?

N

- El artículo 277 del CPC indica que salvo disposición en contrario, los documentos privados de terceros solo se estimarán por el Juez o Jueza en los siguientes casos:
1) si siendo de naturaleza dispositiva o simplemente

representativa son auténticos de conformidad con el artículo 252 del CPC. 2) Los documentos privados de contenido declarativo se apreciarán por el Juez o Jueza sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contraria solicite ratificación.

El artículo 254 del CPC precisa que las copias tendrán el mismo valor probatorio del original en los siguientes casos: 1) Cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del Juez o Jueza, donde se encuentre el original o una copia auténtica. 2) Cuando sean autenticadas por notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente. 3) Cuando sean compulsadas del original o de copia autenticada en el curso de inspección judicial, salvo que la ley disponga otra cosa.

Sj

- “[...] Otra cosa es determinar si al haber sido presentados en copia simple pueden ser valorados por el juez. Respecto a los documentos aportados, es necesario precisar que la póliza de seguro 17174, que se allegó como prueba del derecho contractual o legal que le asiste al municipio demandado para llamar en garantía a la compañía de seguros Suramericana, es un documento privado emanado de un tercero, motivo por el cual le es aplicable el art. 277 del CPC. Al ser la póliza de seguro un documento privado emanado de tercero de carácter declarativo, el juez debe tener en cuenta para su valoración el numeral 2 del art. 276, según la cual puede ser apreciada por el juez sin necesidad de ratificación. Sin contrariar lo expuesto, debe precisarse que respecto de las copias de la póliza de seguro aportadas con posterioridad a la presentación del recurso de apelación, ellas no pueden ser tenidas como copias autenticadas, pues, de acuerdo con el Código de Procedimiento Civil, la autenticación de las copias solo puede realizarla el notario público, “previo cotejo con el original o la copia autenticada que se presente” (núm. 2 art. 254). y no por la agencia de seguros, como se pretende con el sello “DELIMA MARSH, SUCURSAL CALI, 20 NOV 2003, RECIBIDO” y el manuscrito “Fiel copia del original”. Por

este motivo, esas copias se tuvieron en cuenta solamente como copias simples [...]”⁵³.

Co

- Resaltamos que de conformidad con el artículo 254 del CPC, ninguna oficina de la compañía de seguros tiene facultades legales para certificar la autenticidad de una copia informal de una póliza de seguros, aunque esta hubiese sido expedida por aquella.

Por otro lado, al ser aportada al proceso la copia simple de la póliza, aunque no sea auténtica, puede ser valorada por el Juez o Jueza en aplicación del artículo 277-2 del CPC.

Ap

Actividad pedagógica 15

TC

- Copias simples de un documento público: Valor probatorio.
- La parte demandada aporta la copia simple de un documento público. Asegura que por tratarse de un documento público no se necesita aportar en el original, ni tampoco requiere autenticación alguna, eso es pecar de formalismo.

Pj

- ¿El documento público en copia simple puede ser apreciado por el Juez o Jueza?

⁵³ CE. Sección Tercera. Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Auto del 10 de junio 2004. Radicación número: 76001-23-31-000-2002-0838-01(26458). Actor: José Octavio Amelinez López y otros. Demandado: Cali. Ver también C.E., exp. 8401 del 28 de enero de 1994.

N

Sj

- Artículo 254 del CPC.
- “[...] El certificado de existencia y representación es un documento público que debe presentarse en original o copia autenticada. Con relación a los documentos públicos, la sala ha indicado que a diferencia de los documentos privados que pueden aportarse al proceso en copia simple, de conformidad con el art. 11 de la Ley 446 de 1998, en el caso de los documentos públicos, por no ser aplicable esa norma, esos documentos deben aportarse en original o copia auténtica, de conformidad con el art. 254 del Código de Procedimiento Civil [...]”⁵⁴.

Co

- Con cierta frecuencia, al contestar la demanda se anexa el certificado de existencia y representación en copia simple, sin autenticación alguna, lo cual obliga a dar por no contestada la misma.

Se resalta la siguiente regla: los documentos privados pueden aportarse en copia simple y tener valor probatorio según determinadas circunstancias. En cambio los documentos públicos, por regla general, deben aportarse en original o copia auténtica.

Ap

Actividad pedagógica 16

T

- Exhibición de documentos. La negación indefinida no requiere prueba.

⁵⁴ CE. Sección Tercera. Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Auto del 10 de junio 2004. Radicación N° 76001-23-31-000-2002-0838-01(26458). Actor: José Octavio Amelínez López y otros. Demandado: Cali. Ver C.E., exp. 8401 del 28 de enero de 1994.

C

- La parte demandada solicita la exhibición de documentos, con el fin de probar que los perjuicios alegados son inexistentes.

Pj

- ¿Podrá probarse la inexistencia de perjuicios mediante la exhibición de documentos?

N

- El artículo 177 del CPC indica que los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

Sj

- El Consejo de Estado ha precisado lo siguiente: “[...] La Sala considera que además de la falta de limitación e identificación de los documentos que la parte recurrente pretende sean exhibidos por los miembros del grupo demandante, la prueba pretende demostrar una negación indefinida, situación que no requiere comprobación al tenor del artículo 177 del C.P.C. Se observa que la petición de la apelante para la exhibición de documentos, remata con el objetivo que se persigue con la práctica de esta prueba, el cual es: “Esos documentos están en poder de los miembros del grupo y con ellos pretendo demostrar que los perjuicios alegados son inexistentes”. Intentar demostrar la inexistencia de los perjuicios alegados resulta en la comprobación de una negación indefinida, pues su objetivo, en el ilógico caso de practicarse, apuntaría a la comprobación de un hecho que no ha ocurrido, situación que no le incumbe al demandado, atendiendo a su posición pasiva dentro de la litis. Se debe agregar que la lógica del debate probatorio tiende a la demostración de hechos que incumban al objeto de la litis, no a la “demostración de lo inexistente”, pues por su ausencia dentro del universo conocido, dicha posible demostración no influye dentro de la decisión que deba tomar el juez, quien funda su decisión en hechos reales y probados [...]”⁵⁵.

⁵⁵ CE. Sección Tercera. Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Auto del 10 de febrero de 2005, que resuelve apelación del auto de pruebas. Acción popular con radicación número: 25000-23-24-000-2001-00016-04(AG)DM. Actor: Orlando Enrique Guaqueta Correa y otros. Demandado: La CAR y otros.

C_o

- La regla expuesta en el segundo inciso del artículo 177 del CPC regula la inversión de la carga de la prueba, cuando se trata de afirmaciones o negaciones indefinidas. Lo cual significa en el caso expuesto, es el demandante quien tiene la carga de probar los perjuicios. Al demandado sólo le queda oponerse y debatir las pruebas que aporte el interesado en tal sentido.

A_p

Actividad pedagógica 17

T_C

- Documentos por fax.
- Se anexa al expediente un documento en fax que contiene un recurso de apelación, el cual fue allegado media hora antes de vencerse el término. El fax fue remitido desde otra ciudad, y tiene nota de presentación ante el secretario de un juzgado municipal.

P_j

- ¿Se podrá conceder el recurso de apelación con fundamento en un memorial enviado por fax, sin antes cotejar con el original del documento?

N

- Artículo 107 del CPC, modificado por la L. 794/2003, indica que el secretario hará constar la fecha de presentación de los memoriales que reciba, y cuando el escrito se envíe desde un lugar diferente al de la autoridad judicial a la cual va dirigido, el original del mismo podrá transmitirse por cualquier medio; en ese caso se aplicará lo dispuesto en la parte final del inciso primero del artículo 84 del CPC, según el cual, las firmas de la demanda deberán autenticarse por quienes la suscriban, mediante comparecencia personal ante el secretario de cualquier despacho judicial, o ante notario de cualquier círculo.

Para tener una visión integral sobre la autorización legal para el envío, recepción, y comunicación por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), Internet, correo electrónico, el telegrama, el télex, o el telfax, consultar las siguientes leyes: 527 de 1999, 588 de 2000. También se debe consultar el Decreto 1747 del 11 de septiembre de 2000, que trata de las entidades de certificación, los certificados y las firmas digitales.

En particular, la Ley 527/99, en su artículo 6°, indica que cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que este contiene es accesible para su posterior consulta. Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas prevén consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito. Y el artículo 10 de la citada Ley, también indica que los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones del capítulo VIII del título XIII, sección tercera, libro segundo del Código de Procedimiento Civil. Así, en toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el sólo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original.

Por su parte, el artículo 26 del Decreto 2150 de 1995, prescribe que las entidades de la administración pública deberán habilitar sistemas de transmisión electrónica de datos para que los usuarios envíen o reciban información requerida en sus actuaciones frente a la administración. En ningún caso las entidades públicas podrán limitar el uso de tecnologías para el archivo documental por parte de los particulares, sin perjuicio de los estándares tecnológicos que las entidades públicas adopten para el cumplimiento de algunas de las obligaciones legales a cargo de los particulares.

Y por último la L. 270/96, en su artículo 95 precisa que el Consejo Superior de la Judicatura debe propender por la incorporación de tecnología de avanzada al servicio de la administración de justicia. Esta acción se enfocará principalmente a mejorar la práctica de las pruebas, la formación, conservación y reproducción de los expedientes, la comunicación entre los despachos y a garantizar el funcionamiento razonable del sistema de información. En consecuencia, los juzgados, tribunales y corporaciones judiciales podrán utilizar cualesquier medios técnicos, electrónicos,

informáticos y telemáticos, para el cumplimiento de sus funciones. Los documentos emitidos por los citados medios, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales. Los procesos que se tramiten con soporte informático garantizarán la identificación y el ejercicio de la función jurisdiccional por el órgano que la ejerce así como la confidencialidad, privacidad y seguridad de los datos de carácter personal que contengan en los términos que establezca la ley.

Sj

- La Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante auto de 26 de julio de 2001 (exp. N° 19.920), aceptó la presentación de un recurso de apelación presentado vía fax y no accedió a la reposición formulada en contra por el agente del ministerio público. Dice el auto mencionado lo siguiente:

“[...] La Ley 527 de 1999 que reglamenta el uso de los mensajes de datos. Antes del 18 de agosto de 1999, fecha en la cual entró en vigencia la Ley 527, que define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de la firma digital, establece las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones relativas al comercio electrónico, en Colombia no existía ninguna disposición que regulara el envío de documentos mediante los modernos métodos de comunicación como son el telegrama, télex, telefax, internet y correo electrónico. Ya que nuestro país no podía ser ajeno a la evolución tecnológica mundial, la citada ley acogió la recomendación formulada por la Organización de Naciones Unidas, ONU, e incorporó al ordenamiento jurídico interno la ley modelo sobre comercio electrónico [...]”⁵⁶.

También se puede consultar el auto del mes de octubre de 1990, Sección Tercera, expedientes números 729 – 730, con ponencia de la Consejera Dra. Myriam Guerrero⁵⁷, referidas al tema de la Ciencia Jurídica frente a los avances tecnológicos, y cuyo extracto reza:

⁵⁶ C.E., Sección Tercera. Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Auto N° 19.920, del 26 de julio de 2001.

⁵⁷ Jurisprudencia y Doctrina. Revista Mensual Legis. Tomo XXII, No. 261. Septiembre de 1993. Pág.890. cit. En Auto de la Sección Segunda. Exp. No. 8306. Consejero Ponente Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora. Julio 26/93.

“[...] No puede la ciencia jurídica ignorar o colocarse al margen de las innovaciones y progresos que la tecnología moderna y especialmente en el terreno de la electrónica imponen en materia de concreción y transmisión del pensamiento. El derecho como tal es expresión de una cultura y al establecer las reglas que han de regular la conducta y las formas de manifestación de esta, tanto para los gobernantes como para los gobernados, no puede deshacerse, olvidar o relegar los descubrimientos o invenciones provenientes de la tecnología y que como tales hacen parte de dicha cultura.[...]”.

Por su parte, la Corte Constitucional ha resaltado la eficacia jurídica de los mensajes de datos así:

“[...] El mensaje de datos como tal debe recibir el mismo tratamiento de los documentos consignados en papel, es decir, debe dársele la misma eficacia jurídica, por cuanto el mensaje de datos comporta los mismos criterios de un documento. Dentro de las características esenciales del mensaje de datos encontramos que es una prueba de la existencia y naturaleza de la voluntad de las partes de comprometerse; es un documento legible que puede ser presentado ante las entidades públicas y los tribunales; admite su almacenamiento e inalterabilidad en el tiempo; facilita la revisión y posterior auditoría para los fines contables, impositivos y reglamentarios; afirma derechos y obligaciones jurídicas entre los intervinientes y es accesible para su ulterior consulta, es decir, que la información en forma de datos computarizados es susceptible de leerse e interpretarse.[...] Un mensaje de datos no es, de por sí, el equivalente de un documento de papel, ya que es de naturaleza distinta y no cumple necesariamente todas las funciones imaginables de un documento de papel. Por ello se adoptó en la ley modelo un criterio flexible que tuviera en cuenta la graduación actual de los requisitos aplicables a la documentación consignada sobre papel: al adoptar el criterio del ‘equivalente funcional’, se prestó atención a esa jerarquía actual de los requisitos de forma, que sirven para dotar a los documentos de papel del grado de fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad que mejor convenga a la función que les haya sido atribuida. Por ejemplo, el requisito de que los datos se presentan por escrito (que suele constituir un ‘requisito mínimo’) no debe ser confundido con otros requisitos más estrictos como el de ‘escrito firmado’, ‘original firmado’ o ‘acto jurídico autenticado’. La ley modelo no pretende definir un equivalente informático para todo tipo de documentos de papel, sino que trata de determinar la función básica de cada uno de los requisitos de forma de la documentación sobre papel con miras a determinar los criterios que, de ser cumplidos por un mensaje de datos, permitirían la atribución a ese mensaje de

un reconocimiento legal equivalente al de un documento de papel que haya de desempeñar idéntica función. Cabe señalar que en los artículos 6° a 8° de la ley modelo se ha seguido el criterio del equivalente funcional respecto de las nociones de ‘escrito’, ‘firma’ y ‘original’, pero no respecto de otras nociones jurídicas que en esa ley se regulan. Por ejemplo, no se ha intentado establecer un equivalente funcional en el artículo 10 de los requisitos actualmente aplicables al archivo de datos. Es decir que como se desprende tanto de la ley estatutaria de administración de justicia como de la ley de la que hace parte la disposición objeto de análisis en este proceso, los documentos electrónicos están en capacidad de brindar similares niveles de seguridad que el papel, siempre que se cumplan los requisitos técnicos y jurídicos pertinentes en cuanto a su autenticidad, integridad y rastreabilidad y que son estos aspectos los que deben tomarse en cuenta para el análisis de las disposiciones respectivas. [...]”⁵⁸.

Co

- De todas maneras el Juez o Jueza podrá, de oficio o a solicitud de parte, ordenar a la oficina remitente que le envíe fotocopia autenticada por esta del original del telegrama, fax, etc. Los despachos que cuenten con medios técnicos, podrán utilizarlos para recibir memoriales en los términos que acuerde el CSJ.

En el caso concreto se debe constatar si el memorial que contiene el recurso, fue presentado ante secretario de juzgado o notario, antes de la transmisión, y que tal constancia sea legible en el fax que se recibe.

Ap

Actividad pedagógica 18

T

- Solicitud de prueba documental relacionada con varias hojas de vida de testigos en el proceso. Pertinencia de la prueba.

⁵⁸ Corte Constitucional, Sent. C-831, ago. 8/2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

C

- Una de las partes solicita que se oficie a la entidad para que envíe copia auténtica de varias hojas de vida, y certificaciones laborales de terceros en el proceso, quienes serán citados como testigos.

Pj

- ¿Se podrá calificar como impertinente la prueba documental solicitada?

Sj

- “[...] Los medios documentales de prueba solicitados, como son las hojas de vida y las certificaciones laborales sobre los terceros que el señor L.M. pide que se oigan, se relacionan de hecho con el fondo del problema jurídico de la controversia, como es si existe o no responsabilidad del señor L.M., cuando fue agente del Estado (pertinencia) y se pueden establecer mediante prueba documental (conducencia). [...] Particularmente, esos medios de prueba mencionados –documentos públicos– también serán útiles para demostrar si efectivamente los terceros que se citarán a declarar laboraron con el señor L.M. y además si por razón de sus funciones podían tener conocimiento sobre los hechos a los que se llamó a declarar.

Por lo tanto, la prueba no podía legalmente denegarse; por el contrario la diligencia del peticionario en demostrar que a quienes indicó como testigos fueron realmente conocedores sobre los hechos procesales, cualifica aún más la utilidad que podrá tener la prueba testimonial, al pretender demostrar también con otros medios de prueba que las afirmaciones que aquellos harán en sus generales de ley y demás son ciertas y que tienen relevancia con los hechos que el demandado pretende demostrar (eficacia). [...]”⁵⁹.

Co

- El caso es interesante, porque la primera tentación de todos, tal y como lo hizo el tribunal, es la de negar la prueba documental por impertinente, esto es, que no tiene que ver

⁵⁹ C.E., Sección Tercera. Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Auto del 23 de mayo de 2002. Radicación número: 25000-23-26-000-2000-0146-01(21836). Actor: Empresa de Energía de Bogotá, ESP. Demandado: Lázaro Mejía Arango.

con el tema probatorio. Pero en buena hora el Consejo de Estado amplía la visión, y garantiza la libertad probatoria, que como se ha dicho, el Juez o Jueza no pueden restringir, enarbolando la bandera de la economía procesal. El Juez o Jueza administrativo debe ser muy cuidadoso cuando decide negar una prueba.

Ap

Actividad pedagógica 19

TC

- Documento declarativo que da cuenta de un hecho de un tercero. Improcedencia de la tacha de falsedad.
- En un proceso se anexa un escrito firmado por un tercero en la relación procesal que dice: “[...] Yo, XX, bombero de profesión, hago constar que el día xx, pude observar personalmente el mal estado en que quedó la casa propiedad del señor ZZ. Es obvio que las obras de construcción de la avenida que pasa por la parte baja desestabilizó el talud y provocó el peligroso deterioro de la vivienda [...]”. La parte demandada tacha de falso el documento.

Pj

- ¿Qué naturaleza tiene un documento privado firmado por un testigo en donde rinde un concepto técnico? ¿Será un documento o un testimonio? ¿Podrá valorarse un documento privado que da cuenta de hechos de un tercero sin la declaración de quien lo suscribe?

NC

- Arts. 277 y 289 del CPC.
- El documento es de naturaleza declarativa, que da cuentas de hechos de un tercero. En el fondo es un testimonio. La

parte demandada erróneamente lo tacha de falso, cuando debía pedir la ratificación a la luz del numeral segundo del artículo 277 del CPC, para efectos de controvertir el testimonio.

El Juez o Jueza administrativo no dará trámite a la tacha de falsedad propuesta, porque de conformidad con el artículo 289 del CPC el documento privado no ha sido firmado, ni manuscrito por la parte a quien perjudica, en este caso, supuestamente a la demandada.

Ahora bien, lo pertinente en un caso semejante es decretar la prueba testimonial del tercero que firma el documento. Aun de oficio, para preservar el derecho de defensa. Si no se recibe la declaración de quien suscribió el documento anexo, no podrá valorarse como prueba válidamente recaudada.

Parra Quijano afirma: “[...] Estimar como prueba el documento que hemos referido, sin recibir la deposición, sería vulnerar, gravemente, el derecho de contradicción y los principios que rigen la prueba testimonial. Semejante apreciación, conduciría al extremo de que C habría rendido testimonio ante sí mismo [...]”⁶⁰.

⁶⁰ Parra Quijano, Jairo. Manual de derecho probatorio. 4ed., Bogotá, librería profesional. 1994. p. 297.

UNIDAD 14

LA PRUEBA TESTIMONIAL

Por William Hernández Gómez.

Oe

El propósito de la unidad es:

- El análisis práctico de la prueba testimonial en el proceso contencioso administrativo.
- Destacar las subreglas jurisprudenciales desarrolladas por el Consejo de Estado en relación con la prueba testimonial.
- Desarrollar habilidades en el discente para identificar problemas jurídicos derivados de la prueba testimonial.
- Hacer recomendaciones prácticas desde la perspectiva del Juez o Jueza director del proceso contencioso administrativo.

ENSAYO. CONCEPTOS CLAVE

La tragedia de Edipo Rey⁶¹ contiene la primera referencia del testimonio como práctica judicial entre los griegos. Así lo analiza Michel Foucault, quien

⁶¹ Edipo Rey tragedia escrita por Sófocles que narra la historia de Edipo, un desventurado príncipe de Tebas, hijo de Layo y de Yocasta. Poco antes de que Layo y Yocasta se casaran el oráculo de Delfos les advirtió que si tenían un hijo, este llegaría a ser asesino de su padre y esposo de su madre. Layo tuvo miedo, y en cuanto nació Edipo, encargó a uno de sus súbditos que matara al niño, pero dicha persona no cumplió con la orden de matar a Edipo, sólo perforó los pies del bebé y lo colgó con una correa de un árbol situado en el monte Citerón. Por ese lugar pasó Forbas, un pastor de los rebaños del rey de Corintio, escuchó el llanto del bebé y lo recogió entregándoselo para su cuidado a Polibio. La esposa de Polibio, Peribea se mostró encantada con el bebé y lo cuidó con cariño en su casa, dándole por nombre Edipo, que significa “el de los pies hinchados”.

resalta la manera como Sófocles nos muestra la importancia del testimonio en la indagación de la verdad. En efecto, desde la segunda escena de la tragedia la verdad está revelada por los dioses en forma de profecía. Todo se sabe: quién fue el muerto, quién fue el asesino, etc. Pero ni Edipo, ni el Coro aceptan tal verdad. Es en ese momento en donde adquiere importancia el testimonio en cabeza de dos humildes pastores o esclavos. Uno de ellos vio cuando Yocasta entrega un niño y ordena que lo lleven al bosque. El otro vio cuando el niño fue llevado al palacio de Polibio. Estos seres sin importancia, al tener en su memoria ese pequeño fragmento de la historia y declarar sobre ellos, son capaces de vencer definitivamente el orgullo del Rey, lo que por otra parte, no había logrado la profecía de los dioses⁶².

Sobre la prueba testimonial se han escrito ríos de tinta, por tanto, no vamos a reescribir lo ya dicho. Nuestro objetivo es más concreto, porque solo abordaremos aquellos puntos procesales que de una manera u otra, han ofrecido mayor grado de dificultad o inquietud en el quehacer judicial propio de nuestra jurisdicción. Además, incluimos algunos ejemplos de argumentación de la prueba testimonial, que resultan interesantes para efectos de agudizar esta importante habilidad en el Juez o Jueza. Se comprenderá que profundizar en este medio probatorio implica un trabajo enorme, imposible de cumplir en este módulo. Por ello, hacemos la advertencia, para anticiparnos a falsas expectativas.

El Consejo de Estado se ha referido al testimonio en los siguientes términos: “[...] La misma definición de vocablo ‘testigo’, denota presencia y conocimiento; como se deduce de la acepción que adoptó la Real Academia Española: ‘testigo. (de testiguar) com. Persona que da testimonio de una cosa, o lo atestigua. 2. Persona que presencia o adquiere directo y verdadero conocimiento de una cosa’. O según un diccionario jurídico: ‘Es el testimonio un medio de prueba que consiste en que una persona informa al juez sobre la ciencia o conocimiento que tiene de ciertos hechos del proceso. (...) Por medio de la percepción llegan al conocimiento del testigo los hechos o las cosas respecto de los cuales habrá de interrogarlo con el fin de obtener de él los datos que le sirvan para esclarecer los hechos del proceso’. O como lo ratifica la doctrina: ‘Los más útiles o persuasivos son los de scientia,

⁶² “En consecuencia, en Grecia se produjo una especie de gran revolución que al cabo de una serie de luchas y cuestionamientos políticos dio como resultado, la elaboración de una determinada forma de descubrimiento judicial, jurídico, de la verdad, el cual constituye la matriz, el modelo o punto de partida para una serie de otros saberes —filosóficos, retóricos y empíricos— que pudieron desarrollarse y que caracterizan al pensamiento griego”. Michel Foucault. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona, Gedisa, 4ed. 1995. p. 65.

o sea de conocimiento (del verbo scio, conocer, o también, scienter, sciens, con todo conocimiento), y se agrega propia, de scientia propria, para designar a los testigos que han conocido los hechos sobre que deponen en forma directa y personal, por medio de los sentidos, de la inteligencia y de las relaciones sociales, que son, como vimos en su oportunidad, las fuentes del conocimiento'. De otro lado, los testimonios, según el conocimiento del testigo, pueden ser de oídas o 'directo o presencial'; con este último se garantiza el principio de originalidad del derecho probatorio, pues permite que el juez logre la representación de los hechos valiéndose directamente del testigo que los presencié. [...]”⁶³.

La prueba testimonial en el quehacer judicial cotidiano presenta varios retos o dificultades: i) al decretarla; ii) al recaudarla; iii) al momento de valorarla. Veamos brevemente cada uno de estos momentos:

14.1. EL DECRETO DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

Es muy difícil para el Juez o Jueza valorar en este primer momento procesal la conducencia, pertinencia y utilidad de los testimonios solicitados, de allí que debe tener una actitud vigilante para que se cumpla lo indicado en el artículo 219 del CPC, según el cual, cuando se pidan testimonios deberá expresarse el nombre, domicilio y residencia de los testigos (as), y enunciarse sucintamente el objeto de la prueba.

La enunciación sucinta del objeto de la prueba, consiste en determinar el hecho o hechos sobre los cuales deberá versar. Se justifica esta exigencia en lo siguiente:

Hacer factible el estudio por parte del Juez o Jueza de la eficacia, permisión legal (conducencia) y pertinencia de la prueba que solicita (tema probatorio).

Sitúa a la contraparte en un terreno conocido, para que haya verdadera contradicción, lo que implica, la igualdad de los sujetos procesales y garantía del derecho de defensa.

Algunos abogados o abogadas, para abreviar, optaron por el camino fácil al indicar que el testigo declarará sobre los “hechos de la demanda”. La práctica

⁶³ CE. Sección Tercera. Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Sent. del 11 de agosto de 2005. Radicación número: 54001-23-31-000-1993-08180-01(15795). Actor: Marco Ovidio Vera Carrillo y otros.

judicial de los tribunales respecto de este punto no ha sido uniforme. En algunas oportunidades se ha considerado suficiente justificación la afirmación antes transcrita. En otras oportunidades se ha aplicado en forma estricta el artículo 219 del CPC y se ha negado el testimonio por no precisar el objeto de la prueba.

Consideramos que por regla general se debe exigir una sustentación más precisa, en donde se indique a cuáles hechos concretos (no simplemente a los hechos en general de la demanda) ha de referirse el testigo/testiga, e incluso advertir las razones por las cuales el testigo tiene información sobre aquellos. Un buen abogado o abogada debería sustentar con lujo de detalles este punto, porque entre otras cosas, también ello le ayudará a calcular la incidencia real que tendrá el testigo en el litigio. La mala práctica judicial, en gran medida, puede atribuirse a la improvisación o deficiente información con la cual se inicia un proceso contencioso administrativo. Hecho, que por otra parte, no siempre es atribuible al abogado o abogada, sino al demandante.

Pero dicha exigencia debe hacerse al momento de admitir la demanda, en cuyo caso se ordenará la corrección correspondiente. Lo que no parece razonable, es negar la prueba testimonial, por haberse solicitado con tal formulación general, cuando ya se ha admitido la demanda, y se ha impulsado el proceso hasta la etapa probatoria, sin dar ninguna oportunidad de corrección. Creemos que en estos casos, cuando el Juez o Jueza no hizo la exigencia desde la admisión, debe hacerse prevalecer los principios de lealtad y economía procesal.

Otra práctica judicial consiste en lo siguiente: En caso de dudas respecto de la solicitud de las pruebas, algunos magistrados acostumbran requerir a la parte para que precisen el objeto de la prueba testimonial, antes de decidir sobre el decreto de la misma. Es una vía interesante siempre y cuando se fije un término perentorio para la corrección o aclaración pertinente. Esto último es importante, porque al no fijarse el término perentorio, la parte aprovecha esta indefinición (*dominus litis*), y así puede presentar el memorial aclaratorio, varios meses después de proferirse el auto, sin que el Juez o Jueza pueda calificarlo como extemporáneo.

Por tanto, se recomienda al Juez o Jueza administrativo que si por alguna circunstancia considera pertinente hacer tal requerimiento, siempre debe fijar un término máximo (se sugiere cinco días) para que la parte cumpla con lo ordenado.

Por otra parte, en algunos casos, surgirán dudas respecto de la identificación del testigo/testiga, porque se desconoce el nombre de la persona. Sin embargo, si el peticionario acredita otras características o circunstancias que permitan la individualización, el Juez o Jueza podrá ponderar los elementos de juicio acreditados y decidir si son suficientes para decretar el testimonio.

Ahora bien, es importante advertir que en algunos casos, aunque no sea explícita la sustentación de la prueba en el acápite correspondiente, aquella podría deducirse fácilmente al leer el conjunto de la demanda. Más adelante se ilustrará esta situación particular.

14.2. EL RECAUDO DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

El artículo 228 del CPC (modificado por el Decreto 2282 de 1989, art. 105) impone al Juez o Jueza, que además de registrar los generales de ley, debe informar al testigo “acerca de los hechos objeto de su declaración”, es decir, a los que se refiere la solicitud de la prueba, que como mínimo debieron enunciarse sucintamente en la demanda o en la contestación de la misma.

La referida norma indica que el Juez o Jueza pondrá especial empeño en que el testimonio sea exacto y completo, para lo cual exigirá al testigo que exponga la razón de la ciencia de su dicho con explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que haya ocurrido cada hecho y de la forma como llegó a su conocimiento teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 226 del CPC. Si la declaración versa sobre expresiones que el testigo hubiere oído, o contiene conceptos propios, el Juez o Jueza ordenará que explique las circunstancias que permitan apreciar su verdadero sentido y alcance.

Luego de las preguntas hechas por el Juez o Jueza, las partes podrán interrogar al testigo, comenzando por quien solicitó la prueba. Pero se advierte, el Juez o Jueza podrá interrogar nuevamente si lo considera necesario.

Ahora bien, los testigos podrán presentar documentos relacionados con los hechos sobre los cuales declaran, los cuales se agregarán al expediente y se darán en traslado común por tres (3) días, sin necesidad de auto que lo ordene. Aquí llamamos la atención sobre los siguientes puntos: a) Algunos abogados y abogadas utilizan uno de los testigos para anexar documentos que por alguna razón no pudieron anexar o solicitar como prueba. El Juez o Jueza deben estar atentos a esta situación y por tanto valorar con gran cuidado si los documentos que anexa el testigo están relacionados directamente con su declaración, o si se trata de un mecanismo subrepticio para allegar pruebas extemporáneamente. b) En muchas oportunidades, una vez adosado el documento por el testigo, se olvida dar el traslado por tres días. Aunque la norma indica que no es necesario auto que lo ordene, el Juez o Jueza debe estar pendiente de dicho trámite en la secretaría.

Podría pensarse que es preferible dictar el auto ordenando el traslado para que no se pase por alto el trámite, que generalmente se olvida.

14.3. LIMITACIÓN DEL TESTIMONIO

El artículo 219 del CPC indica que el Juez o Jueza podrá limitar la recepción de los testimonios cuando considere suficientemente esclarecidos los hechos materia de esa prueba. El auto del Juez o Jueza no tendrá recurso alguno, pero el superior podrá citar de oficio a los demás testigos, conforme a lo previsto en los artículos 180 y 361 del CPC.

Algunos magistrados han utilizado esta facultad al decretar las pruebas. Pensamos que tal conducta quebranta el debido proceso, y en especial el principio general conocido como “probationes non sunt coartandae”, es decir, que el Juez o Jueza no debe imponer obstáculos a las partes en materia probatoria. Las razones son las siguientes: a) la norma es clara al indicar que se limita el testimonio en la recepción, no en el decreto de la prueba; b) cuando el abogado o abogada solicita la recepción de varios testimonios, no lo hace por fastidiar, sino porque dados los tiempos del litigio, es probable que algunos de los testigos no sobrevivan, o se desconozca el paradero de varios de ellos, para la época del decreto, y más aún, cuando llegue el momento de la recepción de la prueba.

14.4. DECLARACIÓN POR CERTIFICACIÓN

No olvidemos que el artículo 222 del CPC., por el rango del cargo, autoriza la declaración por certificación. Un Juez o Jueza poco experimentado podría citar al gobernador a rendir testimonio. De allí la advertencia que hacemos.

Se recibirá declaración por certificación a: El Presidente de la República, los ministros del despacho, el Contralor General, los gobernadores, los senadores y representantes mientras gocen de inmunidad, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los consejeros de Estado y fiscales del Consejo, el Procurador General de la Nación, los arzobispos y obispos, los agentes diplomáticos de la República, y los Magistrados, Magistradas, Jueces o Juezas, fiscales y procuradores al rendir testimonio ante funcionario o funcionaria inferior, declararán por medio de certificación jurada, para lo cual se les enviará despacho con los insertos del caso.

Por otra parte, recordemos que la Corte Constitucional en sentencia C-094 de 2007, con ponencia del magistrado Jaime Córdoba Triviño, declaró exequible el artículo 222 del CPC en lo que se refiere a los “arzobispos y obispos”, pero condicionado a que no solo comprenda los jerarcas de la iglesia católica, sino a cualquier ministro de iglesia o confesión religiosa entendida en un ámbito territorial específico, conforme a la organización interna que determine libremente la respectiva comunidad religiosa.

14.5. TESTIMONIOS RECAUDADOS POR LOS ABOGADOS O ABOGADAS

¿Pueden los abogados o abogadas de las partes ponerse de acuerdo y recibir las declaraciones de los testigos por fuera del despacho judicial, para luego hacerla llegar al proceso?

La respuesta es afirmativa. El artículo 183 del CPC, modificado por la Ley 794/03, autoriza los actos probatorios previstos en los numerales 1, 2, 3 y 7 del artículo 21 del Decreto 2651 de 1991, y adicionalmente podrán: a) presentar documento en el cual consten los puntos y hechos objeto de una inspección judicial; en este caso se incorporará al expediente y suplirá esta prueba. El escrito deberá autenticarse como se dispone para la presentación de la demanda; b) solicitar, salvo que alguna de las partes esté representada por curador ad litem, que la inspección judicial se practique por las personas que ellas determinen.

Respecto del testimonio, en todo proceso, las partes de común acuerdo pueden, antes de que se dicte sentencia de primera o única instancia presentar la versión hecha por un testigo respecto de hechos que interesen al proceso. Este documento deberá ser autenticado por las partes y el testigo en la forma como se dispone para la demanda, se incorporará al expediente y suplirá la recepción de dicho testimonio. La declaración será bajo juramento que se entenderá prestado por la autenticación del documento.

14.6. VALORACIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

La calidad de la valoración de la prueba testimonial dependerá en gran medida del cuidado que se tuvo al recibirla. Es decir, atendiendo las orientaciones

según las cuales, la declaración deberá ser exacta y completa; que esté calificada por las circunstancias de modo, tiempo y lugar; que tenga apoyo sobre el contenido de lo declarado, etc. (art. 228 CPC).

Ahora bien, antes de terminar esta introducción, creemos necesario hacer algunos comentarios a la famosa fórmula que trae el artículo 187 del CPC: Las pruebas serán apreciadas en su conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. Para la valoración del testimonio deben tenerse en cuenta los aspectos relativos a su validez, legalidad y eficacia. El Juez o Jueza expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.

Con alguna frecuencia se lee en las sentencias frases de cajón como las siguientes: “[...] Apreciadas en su conjunto las pruebas se decide [...] Los testimonios recaudados merecen credibilidad porque son contestes, espontáneos, convergentes, etc. [...] Se destaca el testimonio de XX [...] Los testimonios de la parte demandante son sospechosos porque es evidente la amistad que tienen con aquel [...], etc.

Queremos resaltar este punto para que el Juez o Jueza administrativo corrija aquella mala práctica. Es muy importante argumentar correctamente la prueba en la decisión judicial, y no optar por el camino fácil de dichas frases. Hay que enumerar las premisas o razones que sustentan cada afirmación. La valoración de la prueba no adquiere ese plus “de conjunto”, por el simple hecho de escribir la fórmula, sino porque en verdad, hay una sustentación que pondera adecuadamente las pruebas recaudadas. Algunos, muy pocos por suerte, han creído entender que el mandato de apreciación de las pruebas, en conjunto, es incompatible con el análisis particular de cada prueba anexa. Todo lo contrario, un buen análisis concreto de cada prueba aportada, garantiza el análisis de conjunto.

AUTOEVALUACIÓN

Esta Autoevaluación será muy útil para medir sus conocimientos respecto de las sub reglas desarrolladas por la jurisprudencia del Consejo de Estado. Le sugerimos que responda las preguntas antes de analizar los casos, y saque sus conclusiones. Después de estudiar las guías prácticas de los casos típicos, de nuevo responda las preguntas, para así afianzar los conocimientos adquiridos.

Ae

1. ¿Qué valor probatorio debe darles el Juez o Jueza a los recortes de prensa?
2. ¿Puede el Juez o Jueza limitar el número de testimonios al momento de decretar la prueba?
3. ¿Si un testigo es tachado como sospechoso por una de las partes, ello impide la recepción de la declaración?
4. ¿Las declaraciones rendidas ante la DIAN se pueden valorar como testimonios? ¿Si dicha declaración contiene afirmaciones que desfavorecen al testigo, se puede calificar como confesión?
5. ¿El Juez o Jueza como director del proceso debe examinar el conjunto de la demanda o la contestación, para efectos de deducir si efectivamente se cumplió con lo exigido en el artículo 219 del CPC?
6. ¿Los seguidores políticos encajan en las circunstancias de testigos (as) sospechosos?
7. ¿Se puede probar la ocupación de un cargo público y el tiempo de servicio, con testimonios?
8. ¿Cómo argumentar un conjunto testimonial?
9. ¿Se podrá subsanar un defecto formal de solicitud de pruebas con un memorial entregado por fuera de los términos de traslado?



10. ¿Cuál es el valor probatorio de las declaraciones recaudadas en un juzgado de instrucción penal militar, cuando son pruebas trasladadas en el proceso contencioso administrativo?

11. ¿Cómo valorar el testimonio de oídas?

12. ¿Cuál es el valor probatorio del testigo único?

13. ¿Se puede calificar como suficiente la prueba documental y calificar como inútil la prueba testimonial?

14. ¿Hay libertad probatoria para acreditar el ejercicio de una profesión?

15. ¿Es un requisito formal imprescindible en la solicitud de la prueba que se indique la residencia o lugar en donde se pueda localizar al testigo?

16. ¿Una declaración consignada en escritura pública tiene la virtud de mutar el medio probatorio a un documento?

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Actividad pedagógica 1

Ap

GUÍAS PROCESALES DE CASOS TÍPICOS

A continuación el participante encontrará una serie de actividades que con su desarrollo le permitirá afianzar los aprendizajes sobre la unidad. Por favor realice las siguientes cuestiones:

TC

- El valor probatorio de las entrevistas publicadas en la prensa hablada o escrita.
- En un proceso electoral se allegan varios recortes del periódico local en donde se informa sobre hechos relacionados con el proceso. Allí aparece una entrevista y el demandante pretende que se valore como testimonio.

Pj

- ¿Qué valor probatorio debe darle el Juez o Jueza a los recortes de prensa?

N

- De conformidad con el artículo 227 del CPC el testimonio debe rendirse ante Juez o Jueza competente, previo juramento, y en general, con el cumplimiento de las formalidades allí señaladas.

Sj

- Ha indicado el Consejo de Estado que, “[...] los reportes periodísticos allegados al expediente carecen por completo de valor probatorio, toda vez que se desconoce su autor y su contenido no ha sido ratificado y, adicionalmente, por tratarse de las informaciones publicadas en diarios no pueden ser consideradas dentro de un proceso como una prueba testimonial, como que adolecen de las ritualidades propias de este medio de prueba: no fueron rendidas ante funcionario judicial, ni bajo la solemnidad del juramento, ni se dio la razón de su dicho (art. 227 CPC.). Estos recortes

de prensa tan solo constituyen evidencia de la existencia de la información, pero no de la veracidad de su contenido, por lo que no ostentan valor probatorio eficaz merced a que se limitan a dar cuenta de la existencia de la afirmación del tercero, pero las afirmaciones allí expresadas deben ser ratificadas ante el juez, con el cumplimiento de los demás requisitos para que puedan ser apreciadas como prueba testimonial. De modo que el relato de los hechos no resulta probado a través de las publicaciones periodísticas a que se alude en la demanda, habida consideración que no configura medio probatorio alguno de lo debatido en el proceso, pues tan solo constituyen la versión de quien escribe, que a su vez la recibió de otro desconocido para el proceso [...] ⁶⁴.



- La solución jurisprudencial salda toda duda al respecto. Ni siquiera permite la opción de considerar tal reporte periodístico como indicio, análisis este último, que *prima facie*, parecería plausible.

Se recomienda al Juez o Jueza como director del proceso, que al momento de decretar las pruebas observe con cuidado los recortes o informes periodísticos, para que si fuere el caso, ordene pruebas de oficio que permitan adosar al proceso los enunciados fácticos que considere útiles para esclarecer la verdad de lo debatido.

⁶⁴ Providencia del C.E. del 1º de marzo de 2006. M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Radicación número 25000-23-31-000-1998-10649-01(16587). Actor: Eusebio Alarcón Lozano y otros, en contra de la Nación, Mindefensa, Polinal. Ver también: Sentencia de 27 de junio de 1996, Rad. 9255, C.P. Carlos A. Orjuela G.; Sentencia de 25 de enero de 2001, Rad. 3122, C.P. Alberto Arango Mantilla; Sentencia de 6 de junio de 2002, Rad. 739-01, C.P. Alberto Arango Mantilla; Sentencia de 15 de junio de 2000, exp. 13.338, C.P. Ricardo Hoyos Duque. Sentencia de 10 de noviembre de 2000, Radicación número: 18298, Actor: Renata María Guadalupe Lozano. Demandado: Nación-Ministerio de Defensa, C.P. Ricardo Hoyos Duque y Sentencia de 16 de enero de 2001, Rad. ACU-1753, C.P. Reinaldo Chavarro.

A_p

Actividad pedagógica 2

T
C

- Limitación de testimonios al momento del decreto de pruebas.
- El Juez o Jueza, al momento de decretar las pruebas, decide limitar el número de testimonios, porque considera que las pruebas que obran en el expediente son suficientes.

P_j
N

- ¿Puede el Juez o Jueza limitar el número de testimonios al momento de decretar la prueba?
- Artículo 219 del CPC: El Juez o Jueza podrá limitar la recepción de los testimonios cuando considere suficientemente esclarecidos los hechos materia de esta prueba.

S_j

- “[...] Teniendo en cuenta que en el caso de autos no se han rendido los testimonios tendientes a demostrar lo que la parte demandada denominó como “los estudios técnicos que se han hecho en relación con el embalse de El Muña y con el río Bogotá, así como con los acuerdos celebrados y las obras realizadas en el embalse de El Muña”, no existe ni siquiera una mediana ilustración sobre el tema, lo que indica que el A quo carecía de facultades para limitar el número de testimonios solicitados por la demandada, Emgesa S.A. E.S.P. Por lo tanto, la Sala revocará la decisión del Tribunal de instancia, y en su lugar dispondrá la recepción de los siguientes testimonios solicitados por la parte recurrente, recalando que el A quo sólo tiene competencia para limitar el número de declarantes, cuando considere que exista suficiente ilustración sobre el objeto de la prueba. Se exceptúa el testimonio del Ministro del Medio Ambiente, toda vez que con esto se incurre en la

prohibición expuesta en el artículo 199 del Código de Procedimiento Civil. [...]”⁶⁵.

Co

- En el aparte jurisprudencial el Consejo de Estado condiciona la limitación de los declarantes a la suficiente ilustración que haya adquirido el Juez o Jueza sobre el objeto de la prueba. Ello implica que el Juez o Jueza debe tener razones precisas y evaluables para tomar tal decisión, que a nuestro juicio, sólo se da cuando haya recibido efectivamente, una o más declaraciones.

Creemos que es una buena práctica procesal llegar a un consenso entre el Juez o Jueza y los abogados y abogadas representantes de las partes, minutos o días antes de la recepción de la prueba, para efectos de hacer uso razonable de tal facultad de limitación. Se advierte, sin que tal consenso ate al Juez o Jueza a compromiso alguno, porque siempre debe tener la conducción del proceso. Por ejemplo: El Juez o Jueza le solicita a la parte interesada que defina los nombres de dos o tres testigos (as) clave (de seguro escogerá los que tengan mayor conocimiento y credibilidad), para recibir en primer lugar dichas declaraciones. Si recibidos aquellos no hay suficiente ilustración, el Juez o Jueza como director del proceso podrá continuar con la recepción de los testimonios, sólo el Juez o Jueza puede y debe decidir cuándo hay suficiente ilustración.

Ap

Actividad pedagógica 3

T

- Testigos (as) sospechosos. Vinculación económica con una de las partes.

⁶⁵ C.E., Sección III, ponente Ramiro Saavedra Becerra. Auto del 10 de febrero de 2005, que resuelve apelación del auto de pruebas. Acción popular con radicación número: 25000-23-24-000-2001-00016-04(AG)DM. Actor: Orlando Enrique Guaquetá Correa y otros. Demandado: La CAR y otros.

C

- Al recibirse la declaración de varios testigos (as), la parte demandada tacha como sospechosos los testigos (as) presentados por la demandante, porque tienen vinculación económica con la sociedad actora. En consecuencia, les solicita al Juez o Jueza que no reciba las declaraciones.

Pj

- ¿Si un testigo es tachado como sospechoso por una de las partes, ello impide la recepción de la declaración?

N

- El artículo 217 del CPC indica que son sospechosas para declarar las personas que en concepto del Juez o Jueza, se encuentran en circunstancias que afectan su credibilidad o imparcialidad, de conformidad con las siguientes razones: i) parentesco; ii) dependencia; iii) sentimientos o interés con relación a las partes o sus apoderados; iv) antecedentes personales; v) u otras causas.

El artículo 218 del CPC indica que cuando se trate de testigos (as) sospechosos, los motivos y pruebas de la tacha se apreciarán en la sentencia, o en el auto que falle el incidente. El Juez o Jueza apreciará los testimonios sospechosos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso.

Sj

- Ha precisado el Consejo de Estado lo siguiente:
“[...] Sin embargo, analiza la Corporación que de los seis declarantes, cinco de ellos, tienen una vinculación económica con la sociedad actora, lo que a juicio de la Sala y, de conformidad con el artículo 217 del Código de Procedimiento Civil, la jurisprudencia y las reglas de la sana crítica, los convierte en testigos sospechosos, pues se encuentran en circunstancias que afectan su credibilidad e imparcialidad. [...]. En relación con la valoración del testigo sospechoso, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha dicho: “La ley no impide que se reciba la declaración de un testigo sospechoso, pero la razón y la crítica del testimonio aconsejan que se le aprecie con mayor severidad que al valorarla se someta a un tamiz más denso de aquel por el que deben pasar las declaraciones de personas libres de sospecha.

Cuando existe un motivo de sospecha respecto del testigo, se pone en duda que diciendo la verdad al declarar; se desconfía de su relato o de que sus respuestas correspondan a la realidad de lo que ocurrió; se supone que en él pesa más su propio interés en determinado sentido que prestar su colaboración a la justicia para esclarecer los hechos debatidos. El valor probatorio de toda declaración de un testigo sospechoso de antemano se haya contrarrestado por la suposición de que sus afirmaciones sean no verídicas y por consiguiente, por sí sola, jamás pueden producir certeza en el juez”.

De acuerdo con lo anterior, las declaraciones practicadas en el proceso carecen de eficacia probatoria, pues se presumen sospechosas, circunstancias que no produce en la Corporación la certeza de que los hechos declarados por los testigos y que pretende demostrar “Coltabaco S.A.” sean ciertos, además de que no están soportadas mediante otras pruebas documentales.[...]”⁶⁶.

Co

- Hay que distinguir las siguientes situaciones diferentes cuando se trata de tacha de testigos (as): 1) Tacha por tratarse de testigo sospechoso de conformidad con el artículo 217 del CPC, en cuyo caso se recibe la declaración. 2) Tacha por inhabilidad que el Juez o Jueza resolverá en la audiencia, y si encuentra probada la causal, se abstendrá de recibir la declaración (ver artículos 215 y 216 del CPC).

Ap

Actividad pedagógica 4

T

- Testimonio en materia tributaria. La DIAN tiene facultades para recibir declaraciones y son auténticos testimonios.

⁶⁶ C.E., Sección IV. Ponente: Germán Ayala Mantilla. Providencia del 25 de octubre de 1996. Radicación número: 7627. Actor: “Coltabaco” S.A.; demandado: Depto. de Córdoba.

C

- En los alegatos una de las partes argumenta que las declaraciones recibidas por la DIAN, en donde los contratistas informan sobre unos ingresos por ventas, se deben considerar confesión a la luz del artículo 195 del CPC, y por tanto, no reúnen los requisitos legales exigidos para la validez tal medio probatorio. Solicita que se desestimen tales declaraciones.

Pj

- ¿Las declaraciones rendidas ante la DIAN se pueden valorar como testimonios? ¿Si dicha declaración contiene afirmaciones que desfavorecen al testigo, se puede calificar como confesión?

N

- Artículos 747 y 750 del Estatuto Tributario.

Sj

- Al respecto ha indicado el órgano límite de la jurisdicción contenciosa administrativa:

“[...] de acuerdo con los artículos 747 y 750 del Estatuto Tributario el testimonio está dirigido a establecer obligaciones fiscales atribuibles a una persona distinta de los declarantes, al margen de que las declaraciones rendidas por ellos, puedan contener manifestaciones que les sean desfavorables o les perjudiquen, pues en el testimonio el declarante actúa como tercero y no como contribuyente. No pueden desconocerse las declaraciones rendidas por los contratistas, porque constituyen testimonios de terceros, que permitieron determinar obligaciones tributarias a cargo de la sociedad. Conforme el artículo 684 literal c) del Estatuto Tributario la administración tributaria está facultada para “Citar o requerir al contribuyente o a terceros para que rindan informes o contesten interrogatorios”, y que según el artículo 750 ibíd., las informaciones rendidas bajo juramento ante las oficinas de impuestos constituyen prueba testimonial, de manera que no es admisible la remisión que a las disposiciones del artículo 195 del Código de Procedimiento Civil, propone el recurrente para descalificar el valor probatorio de los testimonios. La sociedad actora no aportó pruebas suficientes, ni razones consistentes que permitan establecer que efectivamente los ingresos por ventas que fueron adicionados por la Administración no fueron percibidos por ella, sino por los contratistas, por lo que debe reconocerse la legalidad de la actuación administrativa

demandada[...]. La confesión como medio de prueba está consagrada en el artículo 747 del Estatuto Tributario. Como se observa, la confesión en materia fiscal proviene directamente del contribuyente legalmente capaz y solo tiene tal carácter cuando versa sobre hechos que sean físicamente posibles y conlleven un perjuicio para el mismo contribuyente. Luego se entiende que los hechos objeto de confesión son propios y no ajenos, y que su incidencia tiene relación directa con la determinación de obligaciones y deberes inherentes al mismo contribuyente confeso, es decir que provienen de quien es parte en el proceso. De acuerdo con los términos del art. 750 ib., se define el testimonio como la declaración proveniente de terceros que sirve como medio de prueba para la determinación de obligaciones y deberes inherentes a un contribuyente distinto del declarante; ya sea a través de las declaraciones tributarias del tercero, de sus manifestaciones verbales, o en escritos dirigidos a la administración, dependiendo de que exista o no requerimiento previo por parte del ente fiscal. Ahora bien, la distinción que hace el legislador, respecto de las formas en que puede materializarse la prueba testimonial, implica que el testimonio puede provenir de un tercero que tenga la calidad de contribuyente, o de una persona que no tenga tal calidad, pero no porque ocurra lo primero, puede afirmarse que el testimonio se convierte en confesión, ya que en los términos propuestos por la norma, el testimonio está dirigido a establecer obligaciones fiscales atribuibles a una persona distinta de los declarantes, al margen de que las declaraciones rendidas por ellos puedan llegar a contener manifestaciones que les sean desfavorables o les perjudiquen, pues en el testimonio el declarante actúa como tercero y no como contribuyente, y además, porque el objeto de la prueba testimonial es la demostración de hechos ajenos a las obligaciones del declarante⁶⁷.

[...]”.

Co

- La ley tributaria faculta a la DIAN para citar o requerir al contribuyente o a terceros para que rindan informes o contesten interrogatorios. Por tanto, al tenor del artículo 185 del CPC, como se trata de pruebas válidamente recaudadas en un proceso, las declaraciones de los terceros se valorarán como testimonios, sin necesidad de ratificación, siempre y cuando se trate de las mismas partes y se hubiese garantizado la oportunidad para controvertirla.

⁶⁷ CE., Sección IV. Ponente: Ligia López Díaz. Providencia del 12 de octubre de 2001. Radicación número: 73001-23-31-000-1999-2302-01(12254). Actor: Invertolima S. A. Demandado: DIAN.

Ap

Actividad pedagógica 5

TC

- Solicitud de testimonio consignado y justificado en acápite diferente al de las pruebas.
- El Juez o Jueza al examinar la solicitud de prueba testimonial no encuentra una clara referencia al objeto de la misma, según lo indicado en el artículo 219 del CPC. Sin embargo, al examinar con mayor cuidado la contestación de la demanda, en el acápite dedicado a las razones de la defensa y excepciones, sí haya elementos de juicio para deducir el objeto de la prueba. El Juez o Jueza duda si la interpretación del artículo 219 del CPC implicaría que la enunciación sucinta del objeto de la prueba solo puede hacerse en el capítulo correspondiente, y no inferirlo de otros acápites o apartados.

Pj

- ¿El Juez o Jueza como director del proceso debe examinar el conjunto de la demanda o la contestación, para efectos de deducir si efectivamente se cumplió con lo exigido en el artículo 219 del CPC?

N

- Artículo 219 del CPC.

Sj

- Ha dicho el Consejo de Estado:

“[...] Particularmente encuentra la Sala que el requisito de la mención del objeto sucinto de la prueba testimonial, al contrario de lo expresado por el Tribunal, sí fue satisfecho. En efecto, en el capítulo de ‘razones de la defensa y excepciones’ de la contestación de la demanda se enunció: ‘Todas y cada una de las resoluciones correspondiente al área de la función pública, suscritas por el señor Lázaro Mejía

Arango, en su calidad de Gerente de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, fueron suscritas igualmente por el Secretario General de la época, después de haber sido revisadas y estudiadas detenidamente por los abogados y funcionarios competentes de las oficinas correspondientes' (fol. 27 c. 2).

De otra parte, en el capítulo de pruebas documentales se lee: 'c) Hojas de vida de los siguientes ex funcionarios, con certificación de fechas de ingreso y retiro de la empresa, quienes serán llamados como testigos a este proceso, Hernando Enrique Gómez Vargas, Francisco Estupiñán, Teresa Cardona de Cortés, Adriana Herrera, con esta prueba se pretende acreditar que las citadas personas se encontraban laborando para la empresa en la misma época de los hechos objeto de debate' (fls. 29 y 30 c. 2).

Y en el mismo capítulo, pero en materia de prueba testimonial, citó a las mencionadas personas en los términos que a continuación se transcriben: 'Hernando Enrique Gómez Vargas () Secretario General de la empresa demandante para junio de 1990', 'Francisco Estupiñán () Subgerente Financiero de la empresa demandante para junio de 1990', Teresa Cardona y Adriana Herrera funcionarias de la empresa para la misma fecha. (Fols. 30 y 31 c. 2).

De lo anterior se infiere que el señor Lázaro Mejía busca con la comparecencia de los testigos que depongan sobre los 'hechos y actuaciones' suyas porque coetáneamente a la época en que gerenció la Empresa de Energía de Bogotá ellos se desempeñaban como funcionarios de esta.

Por lo tanto hay lugar a revocar el numeral de denegatoria de prueba testimonial del demandado y, en consecuencia, a decretar la prueba de declaración de terceros.[...]”⁶⁸.

Co

- Resulta muy interesante la decisión del Consejo de Estado porque encaja directamente en la nueva concepción del Juez o Jueza director del proceso, en donde no se limita a observar detalles formales, sino que se convierte en un protagonista que interpreta la demanda o la contestación, desde una perspectiva global y no como un conjunto de parcelas aisladas.

⁶⁸ C.E., Sección Tercera. Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Auto del 23 de mayo de 2002. Radicación número: 25000-23-26-000-2000-0146-01(21836). Actor: Empresas de Energía de Bogotá, S.A., E. S. P. Demandado: Lázaro Mejía Arango.

Ap

Actividad pedagógica 6

TC

- Testigo sospechoso en materia electoral.
- El Juez o Jueza al evaluar los testimonios de seguidores políticos del padre de uno de los demandados, duda si son o no testigos (as) sospechosos.

Pj

- ¿Los seguidores políticos encajan en las circunstancias de testigos (as) sospechosos?

N

- Artículo 217 del CPC.

Sj

- El Consejo de Estado ha indicado:

“[...] Sea lo primero anotar que la Sala no tendrá en cuenta, como medios de prueba válidos, las declaraciones rendidas dentro del proceso, pues considera que las mismas no generan el grado de certeza que podrían producir si provinieran de personas que no se encontraran en circunstancias que afectan su credibilidad o imparcialidad, en razón de sus sentimientos de amistad con relación a una de las partes y la afinidad política de algunos con el padre del demandado. En efecto, todos los testigos manifestaron tener una relación de amistad cercana con el Señor Miguel Fabián Roa Gómez y algunos, ser simpatizantes políticos de su padre y esas circunstancias, a juicio de esta Sala, permiten tenerlos como sospechosos, en los términos del artículo 217 del Código de Procedimiento Civil, pues la costumbre enseña que un vínculo de esa naturaleza, que, de un lado, presupone afecto y, de otro, sentimientos de reconocimiento y admiración, puede llevar a que el testigo mienta al rendir su declaración en su afán de favorecer a la parte que es su amiga y que es hija de un líder político a quien admira.[...]”⁶⁹.

⁶⁹ C.E., Sección Quinta. Ponente: Darío Quiñones Pinilla. Rad. N°15001-23-31-000-2003-03045-01(3622), del 5 de agosto de 2005. Actor: Carlos Fosi6n Arlantt Mindiola. Demandado: Diputado Asamblea Departamental de Boyacá.

Co

- Se trata de un aspecto relacionado con la valoración o credibilidad de la declaración. En tal sentido debe tenerse en cuenta: 1) El medio probatorio, esto es, el testimonio es válido en los procesos electorales. 2) Los testimonios recaudados también son válidos porque fueron decretados y recaudados en el juicio con todas las formalidades procesales. 3) En el caso es posible concluir que los testimonios tienen poca credibilidad o imparcialidad, porque los declarantes se encuentran incursos en algunas de las circunstancias descritas en el artículo 217 del CPC. Así las cosas, se precisa que en tales casos no podrá el Juez o Jueza argumentar que las pruebas son inválidas, sino imparciales o poco creíbles.

Ap

Actividad pedagógica 7

TC

- La prueba testimonial para probar la vinculación a cargos públicos y tiempo de servicio.
- La entidad demandada alega que los archivos históricos se incineraron y por tanto no hay prueba sobre el tiempo de servicio que alega el demandante para efectos de reconocer la pensión de jubilación.

Pj

- ¿Se puede probar la ocupación de un cargo público y el tiempo de servicio, con testimonios?

N

- Artículo 232 del CPC.

Sj

- El órgano límite de nuestra jurisdicción ha indicado:
“[...] La Ley 50 de 1886 establece que para demostrar el desempeño de cargos públicos debe acudirse a la prueba principal, que no es otra que la documentaria, pero, si

se demuestra su inexistencia, es viable acudir a una secundaria, como la testimonial. Si conforme lo afirma la entidad, los archivos de esa época fueron incinerados, resulta factible que los servicios fueran acreditados mediante testimonio. A juicio de esta Sala, los testimonios dan certeza de los servicios prestados; esperar que, luego de más de 30 años se obtenga la precisión de fechas, como lo pretendió la entidad demandada, resulta, por decir lo menos, mal intencionado. Así las cosas, los tiempos de servicio reseñados confieren al demandante el derecho a disfrutar de pensión de jubilación por aportes [...]”⁷⁰.

Co

- Como es obvio, se trata de un caso excepcional y debe estar plenamente probada la inexistencia u ocultación de la documentación, si fuere el caso. Llamamos la atención porque *prima facie* se pensaría que la única forma de probar la vinculación a un cargo público sería por medio de los actos administrativos, actas de posesión, etc., casi como si se tratara de una prueba *ad probationem*. Como se ve, en circunstancias excepcionales no es así.

En ese sentido ha de entenderse el artículo 232 del CPC, el cual indica que la prueba testimonial no podrá suplir el escrito que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato, que se contrae a aquellos casos en los que se requiere un escrito *ad solemnitatem*, como en los contratos solemnes, lo referente al estado civil de las personas, etc.

Ap

Actividad pedagógica 8

T

- Argumentos en contra de un conjunto testimonial.

⁷⁰ C.E. Sección segunda. Ponente: Alberto Arango Mantilla. Sent. del 27 de junio de 2002. Radicación número: 25000-23-25-000-1996-2545-01(3200-00). Actor: Luis Eduardo Guzmán Castellanos. Demandado: Depto. de Cundinamarca y Caja de Previsión Social de Cundinamarca.

C

- Los testimonios de la parte demandante deponen sobre la conducta y supuesta eficiencia de un secretario de juzgado, con el fin de desvirtuar la calificación otorgada por el Juez o Jueza. Las declaraciones son muy generales y las declaraciones están cargadas de juicios de valor.

Pj

Sj

- ¿Cómo argumentar un conjunto testimonial?
- En un caso similar el Consejo de Estado argumentó la prueba en los siguientes términos:

“[...] Integralmente examinada, la prueba testimonial no es concordante; no precisa circunstancias de tiempo, modo y lugar en relación con la labor desempeñada por el actor en 1996, período calificado; denota imprecisión en lo que se expone; en algunos casos se observa parcialidad por razones de amistad o desaprecio y, en otros, se cae en el error de relevar situaciones particulares y descender a juicios de valor sobre las causas o efectos de los hechos basados en deducciones personales o de terceros. En esas condiciones, a juicio de esta Sala, no se demostró parcialidad alguna por parte del juez al efectuar la calificación al demandante y tampoco se probó el desempeño laboral del actor durante 1996, de manera que pudieran desvirtuarse las razones expuestas en la resolución acusada para evaluar el desempeño laboral. Las pruebas aportadas al proceso no desvirtúan ninguna de las falencias imputadas al desempeño del actor como secretario y señaladas en el acto de calificación, en el que, dicho sea de paso, ninguna falla se endilga en lo que tiene que ver con la atención al público, aspecto que algunos de los testigos denotan como cualidad del demandante. [...]”⁷¹.

Co

- Este podría ser un buen ejemplo de argumentos en contra de un conjunto testimonial. El Juez o Jueza, al acudir a tal técnica argumentativa, debe ser muy preciso y explícito al exponer las premisas o razones de su discurso, realizándolas con ejemplos extractados del conjunto testimonial que esté analizando.

⁷¹ C.E., Sección Segunda. Ponente: Alberto Arango Mantilla. Sent. del 8 de noviembre de 2001. Radicación número: 52001-23-31-000-0338-01(1109-00). Actor: Francisco Alberto Jiménez Acosta. Demandado: Consejo Superior de la Judicatura.

Ap

Actividad pedagógica 9

TC

- Solicitud deficiente de prueba testimonial no se subsana con escrito posterior.
- El demandado al solicitar la prueba testimonial no enunció sucintamente el objeto de la prueba. Se percata del error y por ello, luego de vencido el término de traslado, envía un memorial subsanando tal defecto.

Pj

- ¿Se podrá subsanar un defecto formal de solicitud de pruebas con un memorial entregado por fuera de los términos de traslado?

Sj

- El Consejo de Estado ha indicado:
 “[...] Cómo requisitos para su procedencia, el legislador estableció que cuando se pida el testimonio deberá indicarse el nombre, domicilio, residencia del testigo y brevemente el objeto de la prueba, es decir, que el peticionario deberá expresar lo que se busca con su práctica, con el fin de que el juez pueda establecer su pertinencia, conducencia y utilidad para el proceso. Cabe precisar que, las partes tienen la carga de fundamentar lo que buscan con la práctica de las pruebas que solicitan, lo que significa que de no hacerlo precluye su oportunidad y el juez podrá denegar su práctica. La oportunidad procesal para motivar la solicitud de esa prueba era en la contestación de la demanda, escrito en el cual se incluyó su solicitud, dado que es al momento de su decreto cuando el Juez tiene el deber de analizar si la petición cumple con los requisitos establecidos en el estatuto procedimental civil, y entratándose de testimonios, si se enunció sucintamente el objeto de la prueba (artículo 219 C. P. Civil). La oportunidad para sustentar la petición del testimonio, precluyó con la contestación de la demanda y al no haberse cumplido con este requisito, el a quo, tal

como lo dispuso, debía negar la práctica de esa prueba [...]”⁷².

C

- Es una tesis que parece razonable si se trata de una nueva prueba, v. gr., de un testimonio no solicitado al contestar la demanda. Pero si solo se aclara o precisa el objeto de la prueba testimonial, es una tesis que podría calificarse como muy fuerte o excesiva, cuando solo se cuestiona una formalidad.

Es interesante destacar la subregla que trae la providencia citada, porque evidentemente se contrapone a lo que decíamos respecto de prácticas procesales más flexibles, en donde se les brinda a las partes la oportunidad de precisar el objeto de la prueba, aun por fuera del término de fijación en lista.

En conclusión: El Juez o Jueza debe sopesar estas directrices jurisprudenciales para efectos de fundamentar su decisión.

A

Actividad pedagógica 10

T

- Testimonios trasladados que sí se pueden valorar directamente sin ratificación. Requisitos previstos en el artículo 185 del CPC.

C

- En el proceso obran copias de las declaraciones recaudadas en la Fiscalía y otras en un juzgado de instrucción penal militar.

⁷² C.E. Sección Tercera. Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Auto del 16 de marzo de 2005. Radicación número: 52001-23-31-000-2002-01777-01(28628). Actor: Gladys del Socorro Pabón Cabrera y otros. Demandado: Nación, Mindefensa, Polinal, Juan Pablo Osorio Rubio.

Pj

- ¿Cuál es el valor probatorio de las declaraciones recaudadas en un juzgado de instrucción penal militar, cuando son pruebas trasladadas en el proceso contencioso administrativo?

N

- Artículo 185 del CPC informa sobre la prueba trasladada, y bajo cuáles circunstancias podrán apreciarse sin necesidad de ratificación.

Sj

- El Consejo de Estado refiriéndose a un caso similar indicó: “[...] las declaraciones tomadas por el Fiscal 61 de la Unidad Quinta de Investigación Previa y Permanente de la Fiscalía General de la Nación, en este caso, no pueden ser valoradas en el presente proceso, dado que no cumplen con los requisitos previstos en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto no fueron solicitados en ese proceso por la demandada ni fueron practicados con audiencia de ella. Dichas declaraciones tampoco fueron ratificadas en los términos previstos del artículo 229 del mismo Código. Por el contrario, las pruebas practicadas por el Juzgado 78 de Instrucción Penal Militar sí pueden ser valoradas en la presente instancia, dado que fueron solicitadas por ambas partes, conforme a reiterada jurisprudencia de la Sala. Nota de Relatoría: Ver Exps. 9666 del 18 de septiembre de 1997, 13254 del 2 de febrero de 2001 y 12789 del 21 de febrero de 2002 [...]”⁷³.

Co

- El valor probatorio de los testimonios recaudados en la Fiscalía o en el juzgado de instrucción penal militar, para efectos de valorarlos sin necesidad de ratificación depende de si se ha garantizado el derecho de contradicción. Por ello, no importa si el testimonio fue recaudado en el juzgado penal militar, con tal de que: i) la prueba se hubiese practicado a petición de la parte contra quien se aduce; o, ii) con audiencia de la parte contra quien se aduce.

⁷³ C.E., Sección Tercera. Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Sent. del 11 de marzo de 2004. Radicación número: 25000-23-26-000-1993-9259-01(14135) DM. Actor: Luis María Urrego y otros. Demandado: Nación, Mindefensa, Polinal.

A_p

Actividad pedagógica 11

T C

P_j S_j

- Testimonio de oídas. El rumor público.
- En el proceso obran varios testigos (as) de oídas que dan cuenta de la conducta de unos policiales a quienes se les acusa de ser ejecutores de un hecho dañino.
- ¿Cómo valorar el testimonio de oídas?
- Ha precisado el Consejo de Estado:

“[...] La valoración del testimonio de oídas dependerá de la imposibilidad de recaudar una prueba original fehaciente sobre el hecho a probar y el juez, de acuerdo con el numeral 3 del artículo 228 del CPC, es quien deberá escudriñar el contenido para apreciar y valorar su alcance de acuerdo con los demás medios probatorios. En relación con los testigos de oídas, a criterio de la Sala concluye lo siguiente: -Que apreciados en su conjunto y con relación a las demás pruebas no establecen que en la muerte de José Perry se vincularon agentes del Estado –ni en franquicia ni en servicio– ni instrumentos en servicio del Estado ni operativos de este; pues mientras algunos de los atestiguantes refieren a hechos aislados imposibles de conectar con el hecho demandado, la mayoría de los otros deponentes, de una parte, frente a la ocurrencia de este hecho y, de otra, frente a la sospecha de quiénes fueron los ejecutores no sirven para determinar el origen cierto y conocido, pues se refieren en sus dichos a lo que la comunidad les afirmó, a lo que el pueblo cree “rumor”. Es claro para la Sala que las afirmaciones de los declarantes de oídas se desplazan en cuanto a la imputación del hecho al terreno del rumor y en cuanto a la calidad de embriaguez en que habitualmente se encontraban los agentes al terreno de la fama. Sobre el rumor y la fama, la doctrina, en cabeza del doctor Hernando Devis Echandía, hace el

siguiente discurso: “El rumor público es otro hecho social más vago e independiente que la fama. Esta puede tener un origen conocido, como la publicación de un periódico o lo dicho por cierta persona, al paso que el primero es siempre de origen desconocido, la fama se refiere a sucesos o actos que se afirman han sucedido, mientras que el rumor tiene cierto carácter de improbabilidad, porque quienes lo esparcen no aseguran sino que manifiestan que puede haber ocurrido o parece que sea cierto ... el rumor no es objeto de prueba, no puede eximir de prueba al hecho ni sirve para orientar el criterio del juez; es sospechoso y debe ser descartado radicalmente”. Las dos situaciones de hecho referidas por los testigos, como la embriaguez diaria de los agentes de policía e imputación del hecho a la Nación por la conducta de aquellos y, de otro, por la fama respecto de esa embriaguez no se puede seguir que el rumor de la comunidad, de que los agentes fueron los ejecutores del hecho dañino, se vuelva o se transforme en medio eficiente para el establecimiento de la autoría de la muerte de José Perry Pérez Castellanos. El análisis probatorio sirve para definir que no se probaron ni la imputación, de hecho ni jurídica, en contra de la Nación, causa por la cual no se analizan los demás elementos de configuración de la responsabilidad. [...]”⁷⁴.

Co

- Creemos que este es un buen ejemplo de argumentación de la prueba testimonial de oídas, y por ello lo destacamos en este caso.

Ap

Actividad pedagógica 12

T

- Testigo único.

⁷⁴ C.E., Sección Tercera, Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Sent. del 16 de febrero de 2001. Radicación número: 12703. Actor: William Pérez Castellanos y otros.

C P S

- En un proceso obra el testimonio único de una persona que presencié los hechos.
- ¿Cuál es el valor probatorio del testigo único?
- El Consejo de Estado ha señalado:

“[...] La Sala observa que, en el proceso, sólo declaró un testigo sobre la forma como sucedieron los hechos: el agente de policía A.V.M., sin embargo, debe recordarse que el testimonio único no carece de valor, tal y como lo sostuvo la Sala en reciente jurisprudencia, en la que trajo a colación una decisión de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, según la cual “en el caso de testimonio único lo más importante, desde el punto de vista legal y razonable, es que existan y se pongan a funcionar los referentes empíricos y lógicos dispuestos en el artículo 294 del Código de Procedimiento Penal, que no necesariamente emergen de otras pruebas, tales como la naturaleza del objeto percibido, la sanidad de los sentidos por medio de los cuales se captaron los hechos, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, la personalidad del declarante, la forma como hubiere declarado y otras singularidades detectadas en el testimonio, datos que ordinariamente se suministran por el mismo deponente y, por ende, dan lugar a una suerte de control interno y no necesariamente externo de la prueba...”. Es decir, que en tal caso lo que procede es el análisis y valoración concienzudos de la declaración vertida por el testigo, para determinar la mayor o menor credibilidad que pueda ofrecer su dicho, la existencia o inexistencia de circunstancias que puedan afectar la objetividad del declarante, la precisión de la transmisión de lo percibido por él y finalmente, su coincidencia con los demás medios de prueba que obren en el plenario, si los hay. Nota de Relatoría: Ver Exp. 14135 del 11 de marzo de 2004. [...]”⁷⁵.

⁷⁵ C.E. Sección Tercera. Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Sent. del 19 de agosto de 2004. Radiación número: 05001-23-31-000-1992-1484-01(15791) DM. Actor: Ana Julia Muñoz de Peña y otros. Demandado: Nación, Mindefensa, Polinal.

Co

- La vieja práctica francesa excluía el testigo único, principio al cual se opuso Napoleón, porque no puede admitirse, se decía en la época que el testimonio de un hombre honrado no pueda condenar a un bribón, mientras que dos bribones sí puedan condenar a un hombre honrado. Los principios probatorios modernos no vacilan en señalar que el Juez o Jueza debe tener completa libertad para valorar el mérito probatorio del testigo único, tal como lo recuerda Bonmier.

Ap

Actividad pedagógica 13

TC

- Testimonio para demostrar la culpa grave o el dolo. Libertad probatoria.
- Una de las partes solicita varios testimonios con el fin de probar la culpa grave o dolo de una funcionaria, en un proceso disciplinario. En el expediente obra prueba documental de la investigación disciplinaria.

Pj
Sj

- ¿Se puede calificar como suficiente la prueba documental y calificar como inútil la prueba testimonial?
- Ha indicado el órgano límite de nuestra jurisdicción:
“[...] El a quo negó la prueba testimonial por considerarla inútil o superflua e inconducente. La Sala no comparte ese criterio. En efecto, en este proceso se discute, precisamente, la existencia de culpa grave o dolo en la conducta de la funcionaria demandada, de manera que, sin duda, las circunstancias en que la doctora C.V. de B. intervino dentro del proceso disciplinario seguido por el SENA contra el señor J.G.M., sus condiciones profesionales, la asesoría y la orientación que recibió, son hechos relevantes que merecen ser estudiados por

el juez antes de proferir una decisión, y que pueden ser acreditados por cualquier medio probatorio. No es de recibo, entonces, el argumento del Tribunal consistente en que el testimonio no es una prueba apta para demostrar de la existencia o no de culpa grave o dolo de la demandada, y menos aún, que la prueba conducente, para estos casos, sea únicamente la documental. De otra parte, como se ha dicho en otras oportunidades, la prueba de hechos como los comentados no tiene tarifa legal “puesto que pueden ser acreditados por cualquier medio probatorio, sin que sea dable al juez exigir o excluir alguno en particular, como ha ocurrido en este caso”. De otra parte, la Sala nota que, en la solicitud de la prueba, se señala que su tema es, además de los hechos a que se ha aludido en este acápite, “los demás hechos mencionados en la defensa”. Es importante recordar que el artículo 219 del CPC exige que se enuncie sucintamente el objeto de la prueba, y que al término “sucintamente” debe dársele un alcance que permita la realización del fin de la norma, que no es otro que la protección del derecho de defensa. Por eso, en cada caso, la decisión del juez debe responder a esa finalidad, de manera que no haga muy gravosa la carga para el solicitante pero tampoco tan ligera que impida a la contraparte ejercer su derecho de contradicción. Nota de Relatoría: Se reitera el auto del 18 de julio de 2002, expediente 21116. [...]”⁷⁶.



- En muchos casos el Juez o Jueza tiene dudas sobre la utilidad de la prueba, pero no tiene razones suficientes para negar el decreto de la misma. En tales circunstancias se recomienda el decreto de la prueba, porque, como lo hemos repetido varias veces, debe prevalecer el principio general conocido como “*probaciones non sunt coartandae*”, es decir, que el Juez o Jueza no debe imponer obstáculos a las partes en materia probatoria.

⁷⁶ C.E. Sección Tercera. Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Auto 0073(22556) del 31 de octubre de 2002. Actor: SENA. Demandado: Director General del Sena.

Ap

Actividad pedagógica 14

TC

- Prueba testimonial para acreditar el ejercicio de la profesión. Libertad probatoria.
- Se discute en un proceso si es posible probar el ejercicio de la profesión de abogado con testimonios, o si solo es posible hacerlo mediante certificaciones de los Jueces y Juezas ante quienes se ha ejercido el derecho de postulación.

PNsj

- ¿Hay libertad probatoria para acreditar el ejercicio de una profesión?
- Artículo 232 del CPC.
- El Consejo de Estado en relación con un conocido caso dijo:
 “[...] Sostienen los demandantes que el doctor Bueno Miranda no acreditó de manera idónea los requisitos establecidos en el artículo 255 de la Constitución Nacional y 77 de la Ley 270 de 1996 para desempeñar el cargo de Magistrado del Consejo Superior de la Judicatura porque aportó dos declaraciones extraproceso, para demostrar el ejercicio profesional de abogado por más de diez años y no las certificaciones expedidas por el juez ante el cual ejerció el mandato, que eran las únicas pruebas idóneas para ello. Advierte la Sala que en el presente caso la prueba testimonial para demostrar el ejercicio profesional de abogado del doctor Bueno Miranda tiene el carácter de extraprocesal porque se aportó ante la Comisión de Acreditación del Senado de la República. En estas circunstancias, la prueba no tenía fines judiciales y tiene el carácter de prueba sumaria por no haber sido

controvertida, pero puede ser llevada posteriormente al proceso con dicha finalidad. Argumentan los demandantes que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del C. de P. C, los únicos que pueden acreditar el ejercicio profesional de abogado son los funcionarios judiciales ante los cuales se haya llevado a cabo la actuación. Dicha pretensión restrictiva de la prueba es infirmada por el principio de libertad de los medios de prueba, llamado también de la prueba libre, según el cual las partes y el juez pueden valerse tanto de los enunciados en el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, como de cualquiera otros que sean útiles para la formación del convencimiento del juez. El sistema de libertad de medios de prueba que rige en el procedimiento civil, aplicable al procedimiento contencioso administrativo por remisión expresa del art. 168 del Código Contencioso Administrativo, desvirtúa la exigencia de prueba única que pretenden darles los demandantes a las certificaciones de las autoridades judiciales, para probar el ejercicio de la profesión de abogado. Para la Sala, los testimonios rendidos por los señores Luz Elena Rodríguez Hurtado y Jorge Isaac Orjuela Arias ante notario, aportados ante la Comisión de Acreditación del Senado de la República no solo son idóneos sino también suficientes para acreditar el ejercicio profesional de abogado por más de diez años del doctor Guillermo Bueno Miranda, por las razones expresadas anteriormente. De otra parte, la Sala no comparte el criterio de los demandantes en el sentido de que solo se puede decidir este proceso teniendo en cuenta las pruebas que sirvieron de sustento para elegir al magistrado por parte del Congreso, pues de ser así el proceso no tendría ninguna razón de ser. [...]”⁷⁷.

Co

- Debe advertirse que una cosa es probar el ejercicio de la profesión respecto del cual hay libertad probatoria, y otra muy diferente, probar la calidad de abogado inscrito, en cuyo caso solo se acredita con los documentos respectivos. Ver comentario hecho en el tema: “La prueba testimonial para probar la vinculación a cargos públicos y tiempo de servicio”.

⁷⁷ C.E. Sección Quinta. Ponente: Reinaldo Chavarro Buriticá. Sent. del 6 de julio de 2001. Rad N° 11001-03-28-000-2000-0034-01(2435-2438). Actor: Ramiro Basili Colmenares y otros. Demandado: Magistrado del CSJ.

Ap

Actividad pedagógica 15

TC

- La dirección de la residencia como requisito formal en la solicitud de la prueba testimonial.
- En la solicitud de los testimonios se enuncia sucintamente el objeto de la prueba, pero se olvidó consignar la residencia o lugar en donde se podrán localizar.

Pj

- ¿Es un requisito formal imprescindible en la solicitud de la prueba que se indique la residencia o lugar en donde se pueda localizar al testigo?

N

- El artículo 219 del CPC indica que cuando se pidan testimonios deberá expresarse el nombre, domicilio y residencia de los testigos (as), y enunciarse sucintamente el objeto de la prueba. Artículo 224 del CPC.

Sj

- El Consejo de Estado ha indicado:
 “[...] Es necesario suministrar la dirección del testigo para el decreto de la prueba. El artículo 219 del Código de Procedimiento Civil al prever la forma y las oportunidades para pedir la prueba testimonial, estableció entre otros requisitos el de señalar la dirección del respectivo testigo. En consecuencia, no es posible su pretermisión por cuanto la misma ley lo exige en forma clara. Así lo ha sostenido la Sección Tercera (auto sep. 30/82. Exp. 909).

El contenido de este requisito es precisamente poner orden en el proceso, sustraer de la voluntad del ‘interesado’ la posibilidad de citar a los testigos y dejar esta solo en poder de la secretaría judicial”. (C.E., Auto ene./83, Exp. 3657. M.P. Eduardo Suescún Monroy). [...]”.



- Nos parece, salvo mejor opinión, que esta tesis se ha morigerado un tanto con el paso del tiempo, porque sería aplicable en aquellos casos en donde hay ausencia absoluta de dato residencial.

Si el Juez o Jueza tienen información en la demanda sobre el lugar donde labora el testigo, y además el abogado o abogada advierte que pondrá a disposición del despacho el testigo, no sería razonable negar el decreto de la prueba por carecer de los requisitos previstos en el artículo 219 del CPC.

Uno de los primeros pasos dado por la jurisprudencia para flexibilizar esta exigencia la encontramos en el Tribunal Superior de Manizales, en auto del 4 de septiembre de 1979, con ponencia del doctor Jaime Enrique Sanz Álvarez, citado desde hace muchos años por la editorial Legis, como nota complementaria del artículo 219 del CPC.

La tesis expuesta se fundamenta en que la citación de los testigos (as), ante todo, es una carga de la parte interesada y por tanto la residencia no tiene la relevancia que se le ha querido dar en la interpretación del art. 219 del CPC. Nótese que el artículo 224 del CPC. Al referirse a la citación de los testigos (as) ofrece dos alternativas: 1) Si la parte lo solicita el Secretario librará telegrama de citación al testigo, en cuyo caso parece más relevante la residencia. 2) Por medio de boleta de citación, en cuyo caso se deja a disposición de la parte interesadas las boletas correspondientes y aquella se encarga de hacerla llegar al testigo. En este último caso no tiene mayor incidencia la residencia.

Ahora bien, por regla general se recomienda al Juez o Jueza exigir el requisito de la residencia desde la admisión de la demanda, pero sin caer en el formalismo de pensar que la residencia solo se puede identificar con la nomenclatura urbana. Creemos que podría ser flexible en aquellos casos, en donde se indica un lugar, o sitio determinado o determinable, para efectos de cumplir con la formalidad indicada.

Ap

Actividad pedagógica 16

TC

- Las declaraciones protocolizadas en escritura pública. Testimonio que no se transforma en documento.
- Se anexa una escritura pública en donde obra la declaración de una persona. La parte interesada argumenta que se trata de un documento, y por tanto, no requiere ratificación alguna de lo afirmado por el testigo.

Pj
Sj

- ¿Una declaración consignada en escritura pública tiene la virtud de mutar el medio probatorio a un documento?
- En este caso nos apoyaremos en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia:

“[...] Las declaraciones extraproceso protocolizadas en escritura no se transforman en documentos”. [...] la circunstancia de que esas declaraciones se consignen en un escrito, ello es importante, no transforma el testimonio en prueba documental, en orden a excluirlo de la exigencia de la ratificación, diligencia esta que, tratándose de documentos declarativos emanados de terceros, solo es necesaria cuando la parte contraria lo solicite (D. 2651/91, art. 22, núm. 2º, hoy L. 446/98, art. 10, núm. 2º). Al fin y al cabo, no puede confundirse el documento como continente, que es una cosa, con las manifestaciones vertidas en él, más precisamente, con el acto documentado, en este caso el testimonio.

Esa transmutación –es cierto– no puede ocurrir, porque las disposiciones probatorias, ab antique, han diferenciado esencial y diáfananamente los dos medios de prueba en comento –testimonio y documento–, de suyo, dueños de fisonomía propia y, por contera, de autogobierno y sustantividad, fijándole a cada uno la forma precisa para ser incorporados al plenario. [...]. Si ello es así, como

en efecto lo es, mucho menos tiene lugar la aducida transformación de la naturaleza del medio probatorio en cuestión por gracia de la mera protocolización en escritura pública del escrito contentivo de unas pruebas testimoniales extraproceso, porque si esa protocolización no tiene la eficacia de darle al continente de las versiones testimoniales más fuerza o firmeza de la que realmente tiene (D. 960/70, art. 57) –esto es, como demostración viva de esos testimonios extraproceso–, mucho menos puede convertirlos, en puridad, en medio de prueba documental, como si se tratara de un procedimiento o una fórmula, *mutatis mutandis*, de naturaleza alquimista, detonante de la supuesta metamorfosis [...]”. (CSJ, Cas. Civil, Sent., nov. 19/2001. Exp. 6406. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo).

Co

- Esta cita jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia resulta útil porque puso punto final a la interpretación, un tanto seductora, según la cual, una vez vertido el testimonio en el acta respectiva, mutaba el medio probatorio de testimonio a documento.

UNIDAD 15

LA INSPECCIÓN JUDICIAL

Por William Hernández Gómez

O

El propósito de la unidad es:

- El análisis práctico de la inspección judicial en el proceso contencioso administrativo.
- Destacar las subreglas jurisprudenciales desarrolladas por el Consejo de Estado en relación con la inspección judicial.
- Desarrollar habilidades en el discente para identificar problemas jurídicos derivados de la inspección judicial.
- Hacer recomendaciones prácticas desde la perspectiva del Juez o Jueza director del proceso contencioso administrativo.

ENSAYO. CONCEPTOS CLAVE

La utilidad de la inspección judicial dependerá de cada caso concreto. En las controversias contractuales, dice el doctor Juan Ángel Palacio Hincapié⁷⁸, es frecuente y útil este medio probatorio para constatar el supuesto incumplimiento de las obligaciones de las partes. Pero es importante advertir, que si se trata de verificar hechos o circunstancias no observables a simple vista, o que requieran de conocimientos técnicos especializados, la inspección judicial podría ser inútil en ciertas circunstancias.

Por ejemplo, inspeccionar las condiciones de asepsia en un matadero público, o grado de contaminación de una corriente de agua, o deficiencias estructurales de

⁷⁸ Palacio Hincapié, Juan Ángel. La prueba judicial. Bogotá, Doctrina y Ley Ltda. 2004. Tomo 1. p. 300.

una construcción, puede resultar inútil, si el Juez o Jueza no está acompañado de un perito capaz de escudriñar técnicamente tales circunstancias o fenómenos, en cuyo caso, podría ser innecesaria la presencia del Juez o Jueza.

Lo anterior es tan obvio, que el artículo 244 del CPC, en el inciso segundo, precisa que el Juez o Jueza podrá negarse a decretar la inspección si considera que para la verificación de los hechos es suficiente el dictamen de peritos, o que es innecesaria en virtud de otras pruebas que existen en el proceso.

En caso de duda sobre la utilidad de la prueba, el Juez o Jueza podrá aplazar la decisión hasta cuando se hayan practicado las demás que versen sobre los mismos hechos, y en este caso, si el término probatorio está vencido, la practicará durante el indicado en el artículo 180 del CPC. Contra estas decisiones del Juez o Jueza no habrá recurso alguno.

El Juez o Jueza debe hacer una cuidadosa ponderación de circunstancias para efectos de decidir el decreto de la prueba. Y lo más importante, la utilidad no solo podrá medirse por los resultados técnicos evaluables, sino también por el marco gnoseológico que pueda brindarle al Juez o Jueza. En efecto, el Juez o Jueza pueden justificar la inspección, si con ello logra hacerse a una idea de la ubicación geográfica, climática, disposición de inmuebles o muebles, de tal suerte que en el proceso de reconstrucción probatoria, tenga puntos de referencia más objetivos.

Si decide decretar la inspección judicial, debe ser exigente respecto de la claridad en los puntos objeto de la prueba (artículo 245 del CPC), lo cual garantiza un plan acción definido. Además, el Juez o Jueza, antes de practicar la inspección judicial, debe estudiar de nuevo la demanda, la contestación y particularmente las pruebas solicitadas, para tener mayores elementos de juicio. Un Juez o Jueza mal preparado en una inspección judicial podría malograr la prueba, y así permitir la manipulación por las partes (*dominus litis*), al no aprovecharse al máximo el tiempo, los recursos, las oportunidades, etc., que ofrece este complejo medio probatorio (ver art. 246 del CPC).

15.1. INSPECCIÓN JUDICIAL COMO PRUEBA ANTICIPADA Y PRUEBA TRASLADADA

Si la inspección judicial anticipada se practica con citación de todas las partes, de conformidad con el artículo 244 del CPC no se podrá decretar nueva prueba

en el proceso contencioso administrativo, a menos que el Juez o Jueza la considere conveniente para aclarar los puntos dudosos de la primera.

Según el artículo 300 del CPC, la inspección judicial anticipada puede tener por objeto personas, lugares, cosas o documentos que hayan de ser materia de un proceso.

El Juez o Jueza competente para practicar la inspección judicial anticipada, es aquel en donde se encuentren los bienes o personas objeto de la inspección, sin que importe la jurisdicción, esto es, que podrá practicarla un Juez o Jueza civil municipal o del circuito, en donde no haya Juez o Jueza administrativo, para luego hacerla valer en un proceso contencioso administrativo.

La inspección judicial, como prueba trasladada, en la mayoría de los casos debe practicarse nuevamente en el proceso contencioso administrativo, salvo que se haya practicado con la audiencia de la parte contra la cual se aduce, o hubiese sido solicitada por aquella (art. 185 CPC). El Consejo de Estado ha sido reiterativo en la jurisprudencia en indicar que para garantizar el derecho de contradicción, estas pruebas deben practicarse, en todo caso, dando oportunidad a las partes de estar presentes, según se desprende de lo dispuesto en los artículos 237 y 246 del Código de Procedimiento Civil, lo que, obviamente, no podrá lograrse con el simple traslado posterior del acta o del informe respectivo. Por lo anterior, la inspección o el peritaje deberá practicarse nuevamente en el otro proceso⁷⁹.

Por su parte, el doctor Juan Ángel Palacio Hincapié sostiene que “[...] si la prueba recayó sobre un aspecto que objetivamente requería demostración, por ejemplo, verificación de unos linderos, la desaparición de una obra, ocupación de un inmueble, etc., nada impide que la inspección practicada en otro proceso sea trasladada para constatar aquel aspecto, en cuyo caso, si no fue controvertida en su oportunidad, apenas servirá de indicio y principio de prueba para completar la prueba que exista en el proceso [...]”⁸⁰.

⁷⁹ C.E., sent. del 21 de septiembre de 2000, expediente N° 11.766. Ponente: Alir E. Hernández Enríquez. También ver sent. del 26 de octubre de 1989, expediente N° 0330. Ponente: Amado Gutiérrez Velásquez.

⁸⁰ Palacio Hincapié, Juan Ángel. La prueba judicial. Bogotá, Doctrina y Ley Ltda. 2004. Tomo 1. p. 106.

AUTOEVALUACIÓN

Ae

Esta Autoevaluación será muy útil para medir sus conocimientos respecto de las subreglas desarrolladas por la jurisprudencia del Consejo de Estado. Le sugerimos que responda las preguntas antes de analizar los casos, y saque sus conclusiones. Después de estudiar las guías prácticas de los casos típicos, de nuevo responda las preguntas, para así afianzar los conocimientos adquiridos. De seguro notará los cambios.

1. ¿Cómo se debe preparar el Juez o Jueza para practicar una inspección judicial relacionada con señales de tránsito?
2. ¿Qué valor probatorio tiene una inspección judicial a sitios en donde las circunstancias han cambiado sustancialmente?
3. ¿Es competente la Fiscalía para practicar inspecciones judiciales con incidencia o consecuencias electorales?

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Actividad pedagógica 1

A

GUÍAS PROCESALES DE CASOS TÍPICOS

A continuación el participante encontrará una serie de actividades que con su desarrollo le permitirá afianzar los aprendizajes sobre la unidad. Por favor resuelva las siguientes cuestiones:

T

- Inspección judicial para constatar la existencia de señales de tránsito preventivas. La obligación de instalarlas y conservarlas. No son suficientes cintas de advertencia que rodean la construcción.

C

- En un caso de responsabilidad por muerte en accidente de tránsito, el Juez o Jueza administrativo practica inspección judicial al sitio en donde ocurrió el hecho dañoso y deja constancia que hay instaladas cintas de color amarillo con pintas negras, que rodean una obra en construcción denominada *box coulvert*, que ocupan más del 60% de la vía.

P

- ¿Cómo se debe preparar el Juez o Jueza para practicar una inspección judicial relacionada con señales de tránsito? ¿Son suficientes las cintas de color amarillo que encontró el Juez o Jueza en la inspección judicial, para concluir que la entidad demandada cumplió con los deberes de señalización, cuando se trata de obras de reparación en una vía pública?

N

- Artículo 246 del CPC.

Sj

- El Consejo de Estado ha señalado que el simple incumplimiento de las disposiciones que ordenan la instalación de señales de tránsito preventivas, no generan la responsabilidad automática de la entidad encargada de la obra pública. En cada caso concreto se ha de estudiar si la ausencia de tales señales, o la insuficiencia de las mismas, fue la causa de dicho accidente, pues es necesario examinar el marco de múltiples causas posibles, dependiendo de las circunstancias de tiempo, modo y lugar⁸¹.

En un caso relacionado con la importancia de las señales de tránsito el Consejo de Estado precisó:

“[...] Por una parte, el conocimiento de las condiciones de la carretera por la víctima no está probado en el proceso; por el contrario, J.L.B. manifiesta que Ríos no conducía frecuentemente por ese lugar, y normalmente se movilizaba en bus, porque la motocicleta no era de su propiedad. Por otra, esa sola circunstancia no permitiría llegar, en todo caso, a una conclusión como la obtenida por el a quo, ya que la obligación de colocar señales preventivas tiene por objeto, precisamente, advertir a los usuarios de las vías sobre la existencia de peligros que, en condiciones normales, no deben existir, por lo cual no están en capacidad de evitarlos sin un especial llamado de atención. Y ello es aún más claro cuando se trata de la conservación de las calles o carreteras, teniendo en cuenta que, por su propia naturaleza, dicha actividad implica la realización de trabajos temporales. No está probado que la víctima hubiera incurrido en una infracción de tránsito, y en todo caso, si ello pudiera considerarse demostrado, es claro que no existe nexo de causalidad entre tal hecho y el accidente ocurrido. No comparte la Sala, por esta razón, la conclusión que, al respecto, obtiene el fallador de primera instancia en la sentencia apelada, al tener por demostrado que el accidente se produjo, entre otras causas, porque la víctima trató ‘de adelantar por un carril no indicado’.[...]”⁸².

⁸¹ CE. Sección III, Magistrado ponente Alier E. Hernández Enríquez. Sentencia del 6 de septiembre de 2001. Radicación: 66001-23-31-000-1996-3160-01(13232-15646). Actor: Belén González y otros, en contra de la Nación, Mintransporte, Inviás.

⁸² Consejo de Estado, Sección III. Ponente Alier E. Hernández Enríquez. Sent. del 6 de septiembre de 2001. Rad. 66001-23-31-000-1996-3160-01(13232-15646). Actor: Belén González y otros, en contra de la Nación, Mintransporte, Inviás.



- En el caso concreto es evidente la insuficiencia de las señales de advertencia, y por tanto, la entidad demandada no cumplió con sus deberes, lo cual no significa, se repite, que automáticamente se genera responsabilidad, aunque se puede convertir en un claro indicador, para efectos de examinar la posible causa del accidente.

Para decidir sobre casos semejantes, el Juez o Jueza debe consultar el manual sobre dispositivos para el control del tránsito en calles y carreteras⁸³, el cual reglamenta las características de las mismas, entre otras, cuando se trata de aquellas que tienen por objeto advertir al usuario de la vía sobre la existencia de una condición peligrosa y la naturaleza de esta. Así, por ejemplo, en el capítulo I de dicho manual, se describe la señal SP-38, cuyo símbolo es un hombre con una pala, que advierte sobre trabajos en la vía. Dicha señal se empleará para advertir la proximidad a un tramo de la vía sometido a trabajos de reconstrucción o conservación dentro de la calzada o zonas adyacentes. Las señales preventivas tendrán un diseño cuadrado, instalado en diagonal; el fondo será amarillo, y el símbolo y la orla negros, y el lado del cuadrado variará de 60 a 75 cm.

Las señales deben instalarse al lado derecho de la vía, teniendo en cuenta el sentido de circulación del tránsito, en forma tal que el plano frontal de la señal y el eje de la vía formen un ángulo comprendido entre 85° y 90°, para que su visibilidad sea óptima al usuario. Cuando la visibilidad del lado derecho no sea completa, debe colocarse una señal a la izquierda de la vía.

El manual advierte que dichas señales se instalarán antes del riesgo que traten de prevenir, a una distancia de 60 a 80 metros, en zona urbana. Cuando se trata de carreteras, las señales tendrán un tamaño mayor. Así, el cuadrado tendrá un lado de 90 cm; con fondo anaranjado, y el símbolo y la orla, negros. Establece, además, una señal especial (SP-101) para prevenir al usuario sobre la aproximación a un tramo de calle o carretera que se encuentre bajo condición de construcción, reconstrucción o conservación; se trata de un cuadrado, en el que hay un letrero que dice: “VÍA EN CONSTRUCCIÓN 500 m”.

⁸³ Res. 5246 del 2 de julio de 1985 –por la cual se derogaron las Res. 10.000 del 19 de octubre de 1977 y 10.031 del 20 de nov. de 1984, expedidas por el mismo Ministerio–, y adicionado y modificado mediante Resoluciones 1212 del 29 de febrero de 1988, 11886 del 10 de octubre de 1989 y 8171 del 9 de septiembre de 1987, también del Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

También es posible y necesario, en ciertos casos, la construcción de barricadas. Cuando no fuere posible la construcción de las mismas, se podrán utilizar canecas, que deberán pintarse con franjas reflectivas, alternadas de color negro y anaranjado de 0.20 m. de ancho, y cuya altura no será inferior a 0.80 m.

Por último, en el capítulo III del manual, se exige que cuando se trate de construcción y conservación de carreteras, las señales deben ser reflectivas, o estar convenientemente iluminadas, para garantizar su visibilidad en las horas de oscuridad.

El Juez o Jueza al momento de practicar una inspección judicial, cuando se trate de constatar las condiciones del sitio en donde se produjo el hecho dañoso, debe observar los detalles de las señales de tránsito preventivas, y para ello debe llevar el manual actualizado, con el fin de comparar si las medidas, distancias, formas y colores corresponden a las indicadas en las normas respectivas. Si la inspección judicial se realiza en compañía de un perito, se le debe exigir al auxiliar de la justicia que tenga especial cuidado en constatar las formas, medidas, distancias, etc. de las señales respectivas, de conformidad con el manual vigente.

Ap

Actividad pedagógica 2

T
C

- Valor probatorio de una inspección judicial practicada cuando las circunstancias han cambiado sustancialmente.
- El Juez o Jueza analiza una inspección judicial que fue practicada a un inmueble, dos años después de ocurridos los hechos fundamento de la demanda.

Pj

- ¿Qué valor probatorio tiene una inspección judicial a sitios en donde las circunstancias han cambiado sustancialmente?

N

Sj

- Artículo 244 del CPC.
- El Consejo de Estado ha precisado:
 “[...] obran en el proceso dos inspecciones judiciales con intervención de peritos, una anticipada y otra judicial y unos testimonios. Esas pruebas no sirven para establecer el hecho que se quiere probar, cual es el estado de deterioro, por lo siguiente: El artículo 300 del CPC prevé que quien quiera preconstituir una prueba de inspección judicial, prueba anticipada, podrá hacerlo. Sin embargo el valor de la inspección anticipada dentro de un proceso, reside en que dicha prueba se haya practicado con citación de la presunta contraparte; de no ser así se le violarían a esta los derechos de publicidad y de contradicción probatoria y con estos el debido proceso. Igualmente, tampoco sirve la inspección judicial practicada en este juicio, con intervención de peritos, por la circunstancia temporal en la cual se realizó. En efecto: -De una parte, fue practicada el día 26 de julio de 1994, es decir después de más de dos años y medio de terminado el contrato, hecho este último que ocurrió el día 1º de enero de 1992 (véanse hechos probados 15 y 4, respectivamente). Y de otra parte, para el momento de su práctica se estableció que el estado de hecho del inmueble había variado, desde la dejación del inmueble por el Municipio de Tunja [...]”⁸⁴.

C

o

- Antes de decretar la prueba el Juez o Jueza podría requerir a la parte solicitante para que informe si las circunstancias continúan incólumes, porque si han variado, podría negar la prueba por inútil.

Además el Juez o Jueza debe recordar la prohibición consagrada en el inciso segundo del artículo 244 del CPC, según el cual, si ya se practicó inspección judicial anticipada con audiencia de todas las partes, no se podrá repetir, y en consecuencia se negaría la prueba por inconducente.

⁸⁴ C.E., Sección III. Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Sent. del 23 de noviembre de 2000. Radicación número: 12925. Actor: Juan Escobar Salas. Demandado: Depto. Boyacá y Municipio de Tunja.

Ap

Actividad pedagógica 3

T

C

Pj

Sj

- Inspección judicial practicada por la Fiscalía en un asunto electoral. Valor probatorio. Incompetencia.
- La Fiscalía levanta un acta de inspección judicial practicada en un proceso de escrutinio en elecciones para Diputados.
- ¿Es competente la Fiscalía para practicar inspecciones judiciales con incidencia o consecuencias electorales?
- Al respecto ha precisado el Consejo de Estado:

“[...] Se dice en la demanda que el Jurado de votación de la mesa número 2 de la cabecera de Acandí, para la elección de Diputados en el Departamento del Chocó, dejó de anotar 13 votos a favor del demandante, con los cuales habría logrado la curul 15, hecho que lo obliga a solicitar el recuento de votos de esa mesa, en el momento del escrutinio de esa mesa, o ante la Comisión Escrutadora Municipal de Acandí, o incluso ante la Comisión Escrutadora Departamental. Enmendar los errores cometidos durante el cómputo de los votos, es tarea que el código electoral, manda realizar por vía gubernativa. De manera que los posibles errores denunciados en este juicio, pueden obedecer a que el candidato no formuló reclamo ante la organización electoral que produce los documentos oficiales habilitados por el código electoral como prueba de lo ocurrido durante los comicios. Cualquiera otra prueba con esa finalidad, como la del juez que realiza otro recuento de votos, es ineficaz; el objeto de prueba descansa en hechos que han debido ser demostrados con los documentos electorales producidos en el decurso de la reclamación por vía administrativa. El acta de inspección judicial adelantada por la Fiscalía Once Delegada, carece de valor probatorio, no obstante haberla levantado un funcionario público, no es documento electoral y por lo

tanto la información que de ella se desprende no puede ser tenida en cuenta en este proceso, pues proviene de un funcionario incompetente para ejercer la función de escrutador electoral. Por tanto la demanda de nulidad no prospera. [...]”⁸⁵.

Co

- Se llama la atención sobre el último párrafo de la cita jurisprudencial, en donde categóricamente se afirma que la Fiscalía no es competente para levantar inspección judicial con carácter electoral. Es importante recalcar que dicha afirmación hay que entenderla solo en lo que respecta a la función escrutadora, pero no respecto de otros asuntos de competencia de la Fiscalía, como sería los delitos electorales, etc. En cuyo caso, consideramos que sí podría tener valor en un proceso electoral ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

La consulta de la jurisprudencia seleccionada permite tener una mejor comprensión de los temas tratados en la unidad y proporciona elementos adicionales tanto para la realización de las actividades pedagógicas como para la autoevaluación.

⁸⁵ C.E., Sección Quinta. Ponente: Roberto Medina López. Sent. del 14 de diciembre de 2001. Radicación número: 27001-23-31-000-2000-0895-01(2756). Actor: Eduardo Moreno Martínez. Demandado: Diputados del Departamento del Chocó. Ver también, Sentencia 2234 de 1° de julio de 1999, Sección Quinta.

UNIDAD 16

LA PRUEBA PERICIAL

Por William Hernández Gómez

Oe

- El análisis práctico de la prueba pericial en el proceso contencioso administrativo.
- Destacar las subreglas jurisprudenciales desarrolladas por el Consejo de Estado en relación con la prueba pericial.
- Desarrollar habilidades en el discente para identificar problemas jurídicos derivados de la prueba pericial.
- Hacer recomendaciones prácticas desde la perspectiva del Juez o Jueza director del proceso contencioso administrativo.

ENSAYO. CONCEPTOS CLAVE

Desde la perspectiva de la dirección del proceso, al decretar la prueba pericial el Juez o Jueza afronta, entre otras, las siguientes dificultades:

La prueba pericial se presta para el control estratégico del litigio por las partes, porque puede ser manipulada desde la petición misma, al enfocar o inducir las respuestas que espera del perito para favorecer sus intereses, y así soslayar aquellos puntos que no le convienen. De allí que es el medio probatorio en donde se requiere el mayor control o dirección por parte del Juez o Jueza.

En algunas oportunidades la prueba es solicitada por las partes sin un objetivo probatorio claro, por ello la petición es confusa, o tan general, que no tiene puntos

de referencia concretos. En algunos casos es solicitada con la esperanza de encontrar un eventual camino probatorio. Se solicita para “ver qué pasa”.

Algunas partes confunden la experticia, con la especulación. Por ejemplo, se solicita el peritaje con el siguiente punto: “que el perito con sus conocimientos indique cuáles otras formas de explotación económica hubiese sido posible en un lote de terreno baldío que fue ocupado por una entidad pública, y precise cuál sería el lucro cesante”. Es evidente que no se trata de un peritaje, sino de una especulación, que no tendría ningún fundamento científico o técnico.

Dicha prueba, sin un adecuado análisis de utilidad para el proceso, se puede convertir en “verdades a medias”, y de allí que contamina la decisión judicial, incluso, a contrapelo de la percepción del Juez o Jueza. Este último, consciente o inconscientemente cede su rol de director del proceso, y simplemente se acomoda al dicho del perito, porque es una carga procesal muy alta para el Juez o Jueza argumentar en contra de lo consignado en el peritaje, sobre todo, si las partes no objetaron oportunamente el dictamen, o lo hicieron deficientemente.

El imaginario jurídico tiende a pensar en el peritaje como una especie de “verdad revelada”, que nos recuerda un poco las ordalías. Incluso algunos Jueces o Juezas creen que la prueba pericial es la única idónea para calcular el lucro cesante, error que tuvo que corregir la Corte Suprema de Justicia en sentencia de casación del 2003⁸⁶.

Las personas que aparecen en la lista de auxiliares de la justicia, salvo honrosas excepciones, no tienen la formación técnica o profesional, ni la confiabilidad ética que garantice un peritaje ajustado a la realidad. El Juez o Jueza queda sometido, sin más, a la lista de auxiliares, porque no dispone del tiempo, ni de facultades específicas para calificar la formación técnica o profesional, o la experiencia requerida para el dictamen.

El decreto de la prueba regularmente queda en manos de un empleado del despacho judicial. Por tanto, con frecuencia no se hace una reflexión profunda sobre la pertinencia, conducencia y especialmente sobre la utilidad de la misma.

Se tiende a menospreciar la petición de prueba pericial, sobre todo si se trata de probar los perjuicios, porque se supone que no tendrá mayor peso en la decisión judicial, si el Juez o Jueza intuitivamente tiene un mal pronóstico sobre el éxito de las pretensiones.

⁸⁶ CSJ, Cas. Civil, Sent. oct. 3 de 2003. Exp. 7368. M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

Nota: Los honorarios de los peritos se rigen por el Acuerdo N° 1852 del 04 de junio de 2003, emanado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, “Por el cual se modifican los artículos 26, 28 y 37 del Acuerdo No. 1518 del 28 de agosto de 2002 y el artículo 1° del 1605 del 30 de octubre de 2002”.

Para evitar esa serie de inconvenientes, es pertinente anotar:

Se recomienda al Juez o Jueza que haga un control temprano de la solicitud de pruebas, desde la admisión de la demanda, momento en el cual puede exigir al solicitante que precise los puntos o cuestiones objeto del dictamen pericial.

Hacer un cuidadoso análisis de los enunciados fácticos que son pertinentes (tema probatorio) para orientar el decreto de la prueba.

La solicitud de la prueba pericial debe ser examinada directamente por el Juez o Jueza, o por un empleado altamente calificado, para advertir tempranamente las falacias o sofismas que se pueden enmascarar en la petición, y así corregir la orientación de la prueba de tal suerte que se convierta en un verdadero aporte al proceso, y no en un lastre con verdades a medias, o afirmaciones dudosas que dilatarían o complicaría la decisión judicial, en caso de asumir la carga argumental en contra de la experticia.

La segunda instancia debe ser muy cuidadosa al examinar decisiones que niegan el decreto de una prueba pericial. Existe cierta tendencia a pensar que dicha negación viola el debido proceso y por ello se revoca la decisión, sin advertir que muchas veces se honra el debido proceso con el decreto oficioso de pruebas sustitutas.

Clasificación de los peritajes:

Los peritajes se clasifican según la misión que cumplan en el proceso, veamos:

Los que ilustran al Juez o Jueza sobre la materia objeto de la decisión judicial. Es un enriquecimiento de la percepción del Juez o Jueza. La labor se centra en constatar hechos, causas, efectos, que requieran conocimientos científicos, artísticos o técnicos, que por su nivel, superan la media del conocimiento que sobre tales temas tienen los jueces (zas).

Los que ilustran al Juez o Jueza sobre los instrumentos o métodos idóneos para la decisión judicial. Tales experticias enriquecen los parámetros de deducción del Juez o Jueza. Ejemplo, cuando se verifica la existencia o se fija la cuantía de los

perjuicios patrimoniales ya ocasionados o que en el futuro se produzcan, según las circunstancias probadas⁸⁷.

Ae

AUTOEVALUACIÓN

Esta Autoevaluación será muy útil para medir sus conocimientos respecto de las subreglas desarrolladas por la jurisprudencia del Consejo de Estado. Le sugerimos que responda las preguntas antes de analizar los casos, y saque sus conclusiones. Después de estudiar las guías prácticas de los casos típicos, de nuevo responda las preguntas. De seguro notará los cambios.

1. ¿Es útil la prueba pericial para cuantificar perjuicios morales?
2. ¿Cuál es el nivel de concentración de alcohol indicador de embriaguez en un conductor de vehículo automotor, para deducir de allí culpa exclusiva de la víctima?
3. ¿Podrá apreciarse por el Juez o Jueza, un informe técnico que tiene una motivación incompleta, o del cual no se ha dado traslado? ¿Será subsanable la falta de traslado?
4. ¿Puede ser inútil la prueba pericial que pretende sustituir, reforzar o controvertir pruebas de idoneidad acreditadas mediante documentos (licencias) que autorizan la ejecución de ciertas actividades?

⁸⁷ CSJ, Auto sep. 8/93, Exp. 3446. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Ap

*Actividad pedagógica 1***GUÍAS PROCESALES DE CASOSTÍPICOS**

A continuación el participante encontrará una serie de actividades que, con su desarrollo, le permitirá afianzar los aprendizajes sobre la unidad. Por favor despeje las siguientes cuestiones:

TC

- La prueba pericial para cuantificar perjuicios morales es inútil.
- Al decretar las pruebas, el Juez o Jueza encuentra que el demandante solicita que se nombre un perito para que cuantifique los perjuicios morales que sufrió la esposa de la víctima.

Pj

- ¿Es útil la prueba pericial para cuantificar perjuicios morales?

Sj

- El Consejo de Estado ha reivindicado la facultad discrecional y exclusiva del Juez o Jueza al momento de tasar los perjuicios.

“[...] Y en sentencia reciente, dictada el día 13 de febrero de 2003⁸⁸, se destacó el carácter no reglado de la facultad de cuantificación del perjuicio moral, pues “(...) la valoración de dicho perjuicio debe ser hecha por el juzgador, en cada caso, según su prudente juicio (...)”, y que por ello la sugerencia hecha por la Sala en el fallo proferido el día 6 de septiembre del 2001 sobre la imposición de condenas por perjuicio moral en un máximo

⁸⁸ Sección Tercera. Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. No. 12654; actor: María Luciola Montenegro y otros.

de 100 salarios mínimos legales no significa que no pueda ser mayor cuando se pide una mayor indemnización y se alega y demuestra además una mayor intensidad en el padecimiento del daño moral, como lo ha dicho la Sala en otras oportunidades⁸⁹.[...]”⁹⁰.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha indicado lo siguiente:

“[...] El daño moral, por su naturaleza, no puede ser evaluado por peritos. “Ahora bien, como el daño moral subjetivo incide en la órbita de los afectos, en el mundo de los sentimientos más íntimos, y como consiste en el pesar que padece la víctima y que solo ella puede medir en su intensidad, resulta claro que ese daño no puede ser evaluado por medio de prueba pericial, de un lado, pues su naturaleza propia lo hace inasible, según lo tiene dicho la Corte, y, de otra parte, porque la peritación únicamente es procedente para verificar hechos que requieren especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, según lo declara expresamente el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil. Además, como todo dictamen debe ser claro, preciso y detallado y ha de expresar los fundamentos técnicos o científicos en que se estriba (art. 237-6 ibídem), pues en su apreciación por el Juez el valor de convicción dependerá de su firmeza y de la precisión y calidad de sus fundamentos (art. 241 siguiente), palmario resulta que si no existe, en el estado actual de la civilización, medio para evaluar ese daño moral, el dictamen necesariamente carecerá de fundamentos sólidos respecto a la fijación del quantum, por lo cual, en este punto, ninguna fuerza de persuasión tendría. El daño moral subjetivo sigue siendo inestimable pecuniariamente. Es al Juez, pues, a quien corresponde en el caso regular el llamado precio

⁸⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 1º de septiembre de 1992; exp. 6990; Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Actor: Misael Morales y O. Sentencia de 24 de agosto de 1995; Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández, Exp. No. 10124; actor: Óscar de Jesús Castañeda Castrillón y O. Sentencia de 10 de noviembre de 1995; Ponente: Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros, Exp. No. 10326; actor: Adeyla Puentes y O. Sentencia de 13 de febrero de 1997; Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández, Exp. No. 11586; actor: Luz Dary Acosta y O. Sentencia de 27 de enero de 2000; Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez, exp. No. 10867; actor: Juan Carlos González Castro. Sentencia de 18 de mayo de 2000; Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez, exp. No. 12053; actor: Ever Antonio Martínez y otros.

⁹⁰ CE. Sent. Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Sent. del 29 de nov. de 2004. Rad. N° 66001-23-31-000-1995-3298-01(14774). Actor: Jorge Arbey Vanegas Parra y otros. Demandado: Nación, Mindefensa, CSJ.

del dolor. Y aunque es claro, 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, arbitraria, es evidente que dada la altura de la misión que se les confía, que 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 Gorphe [...]”⁹¹.

Co

- La prueba pericial solicitada por el demandante para cuantificar los perjuicios morales no podría calificarse como impertinente o inconducente. Pero de conformidad con lo indicado por la Corte Suprema de Justicia, sí puede calificarse como inútil, porque en cierta medida la apreciación del perito sería arbitraria y no tendría los suficientes elementos de juicio para convencer al Juez o Jueza sobre el enunciado fáctico que se quiere demostrar.

El Consejo de Estado, Sección Tercera, mediante sentencia del 25 de octubre de 2001, exp. 12953, con ponencia del Consejero Alir E. Hernández E., precisó los parámetros básicos de proporcionalidad para orientar al Juez o Jueza en la cuantificación del daño moral, por tanto, es innecesario o inútil un dictamen pericial.

Ahora bien, si la prueba pericial está encaminada a determinar el impacto psicológico, o las condiciones especiales de vulnerabilidad que den elementos de juicio al Juez o Jueza para la cuantificación del daño moral, en dichos casos, será pertinente y útil la prueba pericial de un profesional en dichos campos (psicólogo o psiquiatra).

Se recomienda al Juez o Jueza administrativo negar el decreto de la prueba pericial si se encamina a la cuantificación del daño moral, no así, cuando se trate de establecer la magnitud del daño, a partir del cual el Juez o Jueza podrá decidir sobre la cuantía. Pero, se repite, no para que el perito fije el quantum del perjuicio moral.

⁹¹ CSJ, Sent. sep. 27/74, T-CXLVIII, pág. 251.

A

Actividad pedagógica 2

T

- Prueba de embriaguez del conductor de vehículo automotor. Concentración de alcohol en la sangre, para deducir culpa exclusiva de la víctima.

C

- El Juez o Jueza examina el dictamen de medicina legal que certifica la existencia de alcohol en la sangre del cadáver del conductor del vehículo. Precisa la experticia: “alcohol etílico: positivo. Concentración 80 mg/100 ml (ochenta miligramos en cien mililitros). El Juez o Jueza duda si de este hecho se podría deducir que la causa del accidente provino de la víctima, tal como lo alega la parte demandada.

P

- ¿Cuál es el nivel de concentración de alcohol indicador de embriaguez en un conductor de vehículo automotor, para deducir de allí culpa exclusiva de la víctima?

S

- En un caso similar el Consejo de Estado precisó lo siguiente:
 “[...] En cuanto a la segunda observación realizada por el apoderado de Invías y acogida por el a quo, relativa a la embriaguez de la víctima en el momento del accidente, se tiene que, efectivamente, ordenada la práctica de un examen de alcoholemia al cadáver de L.A.R.G., el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses obtuvo el siguiente resultado: “alcohol etílico: positivo. Concentración 80 mg/100 ml (ochenta miligramos en cien mililitros)”. Se indicó, además, en el informe respectivo, que el nivel de etanol encontrado se correlaciona con embriaguez de primer grado, que se presenta cuando la concentración de dicha sustancia está entre 50 y 150 mg %. La Sala concluye que una persona que tiene una concentración de alcohol etílico en la sangre de 80 mg % presenta disminución de

los reflejos y alteración de la percepción; sin embargo, no puede afirmarse que esté embriagada; se encuentra en un estado de alicoramiento que no impide a todas las personas la conducción de un vehículo; en efecto, la realización inadecuada de esta actividad solo puede considerarse claramente causada por el alcohol cuando sus niveles en la sangre son superiores a 100 %. Por lo anterior, no comparte la Sala la conclusión que, sin mayor análisis, obtiene el Tribunal, en este caso, respecto de la relación de causalidad existente entre el estado de alicoramiento de la víctima y el accidente ocurrido. Se recuerda, además, que el testigo B.M., quien acompañaba a L.A.R. en el momento del accidente, expresó que mientras estuvieron juntos, no consumieron alcohol, y que no le sintió a este último olor a licor, lo que, conforme a lo explicado anteriormente, resulta perfectamente posible y constituye un indicio adicional respecto de las condiciones en que se encontraba la víctima y el carácter inocuo que tuvo su bajo estado de alicoramiento en relación con la ocurrencia del accidente [...]"⁹².

Co

- El Consejo de Estado ha indicado que las habilidades para conducir disminuyen significativamente cuando los niveles de alcohol son superiores a los 100 mg %. Se deduce de lo anterior que la jurisprudencia optó por el término medio, dentro de los parámetros señalados para la embriaguez de primer grado, que se encuentra entre 50 y 150 mg %.

El Juez o Jueza encuentra aquí una interesante guía o punto de referencia, sin embargo, debe ser cuidadoso en cada caso concreto, pues no puede tomarse como una verdad absoluta, puesto que los efectos del alcohol varía en cada persona, y depende también de otras circunstancias, por ejemplo: talla, sexo, edad, volumen de sangre, afectaciones psicológicas, concomitancia con otros fármacos que incrementan los efectos nocivos del alcohol, etc.

En el mundo, las leyes que han resultado adecuadas para la prevención de accidentes de tránsito se han basado

⁹² C.E., Sección III, Magistrado ponente Alier E. Hernández Enríquez. Sentencia del 6 de septiembre de 2001. Radicación: 66001-23-31-000-1996-3160-01(13232-15646). Actor: Belén González y otros, en contra de la Nación, Mintransporte, Invias.

en limitar la cantidad de alcohol en sangre, situándola en 0,3; 0,4; 0,5 ó 0,8 g/l; incluso 0,0 g/l en los países escandinavos. Por tanto, no hay cifras absolutas.

Estudios sobre la incidencia del alcohol en los accidentes de tránsito, que multiplica el riesgo, se observa en la siguiente tabla:

Multiplica por 2 con una alcoholemia de 0,5 g/l de sangre.

Multiplica por 10 con una alcoholemia de 0,8 g/l de sangre.

Multiplica por 35 con una alcoholemia de 1,2 g/l de sangre.

A_p

Actividad pedagógica 3

T
C

- Informe técnico con deficiente motivación y sin traslado para contradicción.
- En los alegatos de conclusión una de las partes argumenta que el Juez o Jueza no puede valorar el informe técnico porque no hubo oportunidad de controvertirlo, y además está deficientemente motivado.

P_j

- ¿Podrá apreciarse, por el Juez o Jueza, un informe técnico que tiene una motivación incompleta, o del cual no se ha dado traslado? ¿Será subsanable la falta de traslado?

N

- El artículo 243 del CPC indica que los informes técnicos tendrán que ser motivados, y se pondrán en conocimiento de las partes por el término de tres días para que se complementen o aclaren.

Sj

- El Consejo de Estado ha insistido que de conformidad con el inciso segundo del artículo 243 del CPC, necesariamente los informes técnicos deben ser puestos en conocimiento de las partes.

“[...] En el proceso se recepcionó un informe técnico, el cual fue valorado por el Tribunal, y en el cual se basó para denegar las pretensiones de la demanda. Advierte la Sala que dicha prueba no se completó en su práctica, y por lo cual no podía tenerse en cuenta para fallar. A pesar de las exigencias legales –artículo 243, inciso 2 del CPC– de la contrdicción de la prueba de informe técnico, en este caso, una vez rendida por Medicina Legal, no se dio traslado de ella a las partes.[...]”⁹³.

El Consejo de Estado también ha sido exigente respecto de la motivación de dichos informes técnicos.

“[...] La ley exige ‘que tales informes deberán ser motivados’ (inciso 2 artículo 243 CPC). Por lo tanto un informe técnico que da conclusiones pero no motiva el porqué, no puede ocasionar ningún efecto probatorio. Para la Sala si el informe fuere valorable tampoco compartía la pretendida justificación contenida en él; en la solicitud del informe se cuestionó sobre el manejo dado al paciente y, la importancia de la práctica de los Tacs y las evaluaciones por neurología urgentes; se respondió sólo que para el día 1º de abril la práctica del Tac ‘no aportaría ninguna ventaja’, pues ‘en ese estado ya el paciente se encontraba premortem’, no se respondió dicha incidencia en los días anteriores al 1º de abril, es decir qué efecto habría tenido si se hubiera practicado antes, los días 29 y 30 de marzo, fechas en las cuales se recepcionó el paciente y se internó. Por último, tampoco sería de recibo para la Sala, la respuesta dada por Medicina Legal al cuestionamiento relativo a si se había incumplido la orden de traslado al pabellón de neurología, pues, oficiosamente, optaron por emitir opinión no preguntada, para justificar el incumplimiento manifiesto de las órdenes de los neurólogos que constan en la historia clínica [...]”⁹⁴.

⁹³ Consejo de Estado, Sección III. Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Sentencia del 07 de octubre de 1999. Radicación número 12655. Actor: Bernardo Roldán y otros. Demandado: Instituto Metropolitano de Salud de Medellín; ISS.

⁹⁴ Consejo de Estado, Sección III. Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Sentencia del 07 de octubre de 1999. Radicación número: 12655. Actor: Bernardo Roldán y otros. Demandado: Instituto Metropolitano de Salud de Medellín; ISS.

En otra sentencia hace notar que pese a las aclaraciones solicitadas por las partes, no convence la experticia por su deficiente motivación técnica. Veamos:

“[...] En el presente proceso la sentencia se basó en el dictamen pericial. Con el dictamen pericial se buscan varios objetivos, entre ellos tener un concepto objetivo de personas ajenas a cualquier interés en las resultados del proceso, y ante todo, un criterio técnico sobre puntos específicos que escapan al conocimiento de los jueces. Pero del dictamen rendido en este proceso se concluye que su finalidad no cobijó los aspectos básicos de una prueba que se considera de un mínimo tecnicismo. La Sala considera que faltó claridad y objetividad en el dictamen pericial en el cual simplemente se tomó como base la información contenida en la demanda y dada personalmente por los demandantes en la visita ocular que realizaron los peritos al predio, sin hacer análisis técnicos, comerciales, ejercicios comparativos y en fin, dando razón fundada de su dicho. No cumplió entonces el dictamen la finalidad para la cual fue solicitada por las partes y ordenada por el Tribunal, y si bien quedó en firme luego de que las partes solicitaran su aclaración, el mismo como prueba que es, no condiciona al juez, sino que simplemente le sirve de fundamento para adoptar la decisión que corresponda. Ante los desatinos, inexactitudes y falta de objetividad del dictamen, la Sala no lo adoptará en forma plena para la determinación de los daños y su monto indemnizable. No obstante las observaciones que sobre el dictamen, advierte la Sala, teniendo en cuenta su discriminación, y particularmente la naturaleza de las expensas que corresponden a cada ítem, y el hecho de estar soportados con los recibos correspondientes y de no haber sido estos objeto de tacha ni de reproche por la demandada, es del caso acceder a su reconocimiento a título de daño emergente. No ocurre lo mismo con el pretendido daño consistente en la desaparición de ejemplares de ganado vacuno y equino, pues la parte actora no adujo elementos para probar su preexistencia, tampoco se estableció sobre los cadáveres que hubieran podido recuperarse cuando la catástrofe, no se aportan registros que suelen llevarse cuando se maneja ganadería de raza como la que se reclama en el sub judice y, finalmente, la sola afirmación de la demanda no es prueba suficiente como tampoco el dicho de testigos que no son contestes en relación

con la existencia y el número del ganado presuntamente perecido. Finalmente, en relación con el lucro cesante, que no podía ser otro que la disminución en el rendimiento de la producción lechera, atendiendo a los registros aportados y teniendo en cuenta que en un razonable período de tres (3) meses se logra reconstituir la estructura agropecuaria y la calidad de los pastos, estos factores se toman como fundamento para calcular la indemnización a que por este concepto tiene derecho la demandada. Coincide lo anterior con autorizada doctrina según la cual en caso de no poderse probar exactamente el monto de los ingresos se requiere por parte del juez su propia iniciativa, en orden a una liquidación equitativa, para cuyo efecto el fallador tendrá la obligación de valerse de toda clase de indicios. [...]”⁹⁵.

Co

- El Juez o Jueza administrativo como director del proceso debe estar muy atento cuando se trate de informes técnicos. En primer lugar al decretar la prueba debe precisar muy bien los puntos sobre los cuales ha de pronunciarse el informe, porque de ello dependerá en gran medida la utilidad de la prueba.

Para salvaguardar el debido proceso, el Juez o Jueza debe constatar en el expediente si la Secretaría dejó constancia del traslado a las partes por el término de tres días (art. 243 del CPC). Con alguna frecuencia se pasa por alto este importante momento procesal, y de allí que el Juez o Jueza debe tener un especial control y seguimiento.

Ahora bien, también ocurre que el perito no responde de manera directa el punto concreto objeto de experticia, y se limita a apreciaciones generales. De allí que no se puede aceptar a la ligera cualquier respuesta que eluda el fondo de la cuestión planteada. El Juez o Jueza director del proceso debe ser exigente.

⁹⁵ C.E., Sección III. Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros. Sent. del 15 de junio de 2000. Radicación número 11614. Actor: Andrés Cuervo Casablanca y otra. Demandado: “CAR”.

A_p

Actividad pedagógica 4

T C

- Prueba pericial sobre habilidades de conducción. La licencia de conducción es la prueba idónea.
- El demandado solicitó prueba pericial del Sena, con el fin de acreditar la idoneidad del conductor en el manejo de vehículos tipo tractocamión. En el proceso, el hecho dañoso se derivó de un accidente de tránsito en donde estuvo involucrado un vehículo como el descrito.

P_j

- ¿Puede ser inútil la prueba pericial que pretende sustituir, reforzar o controvertir pruebas de idoneidad acreditadas mediante documentos (licencias) que autorizan la ejecución de ciertas actividades?

S_j

- El órgano límite de nuestra jurisdicción ha indicado:
“[...] La segunda prueba negada consistía en someter al demandado a unos exámenes por parte del Sena, con el fin de establecer su idoneidad, pericia y experiencia en el manejo de vehículos tipo tractocamión, como el que supuestamente ocasionó el accidente.

Frente a esta prueba, considera la Sala que no es procedente decretarla puesto que la pericia o experiencia en el manejo de estos vehículos debe acreditarse por el medio establecido en la ley, que lo es la licencia de conducción que se otorga para el manejo de determinados vehículos, según la experiencia y capacidad que se demuestre para el efecto.

La Ley 769 de 2002, Código de Tránsito y Transporte, establece en los artículos 17 y 18 que la licencia de conducción se otorgará a toda persona que reúna los requisitos establecidos para tal efecto, y lo facultará para manejar vehículos automotores de acuerdo con las categorías reglamentadas por el Ministerio de Transporte.

Por otra parte no se revela la utilidad de la prueba, dado que la experiencia del demandado en el manejo de automotores pudo variar desde el momento de la ocurrencia de los hechos objeto de esta demanda, y hasta que la prueba se lleve a cabo [...]”⁹⁶.

Co

- En nuestro ordenamiento prevalece el principio de libertad probatoria, y por tanto, no podría decirse que no es posible acreditar las habilidades de conducción mediante peritaje. En el caso concreto el peticionario no justificó la solicitud de la prueba, que bien pudiera tener por objetivo demostrar que la persona no sabe conducir ese tipo de vehículos, aunque acredite licencia de conducción con tal categoría. El ejemplo hipotético anterior sería una prueba en sentido negativo. En el caso concreto, el demandado solicitó la prueba para confirmar la habilidad, que ya está supuesta, porque las autoridades respectivas le han otorgado la licencia de conducción con el nivel adecuado para ese tipo de vehículos.

Otra reflexión interesante la encontramos en el último párrafo de la cita jurisprudencial, cuando precisa la inutilidad de la prueba porque el transcurso del tiempo puede incidir en los resultados de la prueba. En efecto, puede suceder que en dicho tiempo, el individuo haya desarrollado o mejorado sustancialmente la habilidad de conducción.

De allí que la prueba pericial, especialmente referida a habilidades humanas, si no se efectúa oportunamente, pierde su confiabilidad.

⁹⁶ C.E., Sección III. Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Auto del 16 de marzo de 2005. Radicación número: 52001-23-31-000-2002-01777-01(28628). Actor: Gladys del Socorro Pabón Cabrera y otros. Demandado: La Nación, Mindefensa, Polinal, Juan Pablo Osorio Rubio.

UNIDAD 17

EL INDICIO

Por William Hernández Gómez

Oe

- El análisis práctico de la prueba indiciaria en el proceso contencioso administrativo.
- Destacar las subreglas jurisprudenciales desarrolladas por el Consejo de Estado en relación con la prueba indiciaria.
- Desarrollar habilidades en el discente para identificar problemas jurídicos derivados de la prueba indiciaria.
- Hacer recomendaciones prácticas desde la perspectiva del Juez o Jueza director del proceso contencioso administrativo.

ENSAYO. CONCEPTOS CLAVE

Podemos decir que el indicio es el medio probatorio más difícil de argumentar en la sentencia, porque la mayoría de las veces no es suficiente uno, sino un conjunto de ellos. Por tanto, el Juez o Jueza administrativo debe organizar muy bien las ideas para que sea convincente su análisis.

La Corte Suprema de Justicia⁹⁷, desde la década del 50, ha indicado que en la valoración de la prueba indiciaria, el juzgador no debe considerar aisladamente cada

⁹⁷ Sentencia del 16 de junio de 1950.

hecho, con independencia absoluta los unos de los otros, pues su resultado, para los fines del proceso, no se obtiene sino por la coordinación de los indicios entre sí, y por la relación de dependencia que ofrecen los unos con los otros para llegar a la comprobación del hecho que se trata de demostrar.

Aunque es cierto que la prueba indiciaria tiene su mayor desarrollo y aplicación en el campo penal, también la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en muchas ocasiones, ha recurrido a los indicios para decidir los asuntos de su competencia.

Ahora bien, al examinar el conjunto indiciario, el Juez o Jueza debe distinguir los conceptos de concordancia y convergencia. La concordancia nos indica que hay varios hechos probados y diferentes que concuerdan. Mientras que la convergencia nos indica que todos los hechos conducen a probar el mismo hecho (desconocido). La concordancia se predica de los hechos y la convergencia del proceso de inferencia lógica, que relaciona los distintos hechos con uno distinto, que es desconocido o que se pretende probar.

Si el indicio no parte de un hecho debidamente probado, entonces nos enfrentamos a una mera sospecha. Por ello se ha insistido que los elementos básicos del indicio son los siguientes: a) Un hecho conocido o indicador (que debe estar plenamente probado); b) un hecho desconocido, que es el que se pretende probar; c) una inferencia lógica, que parte del hecho conocido, para construir un argumento lógico informal con el mayor grado posible de fuerza inductiva, que lleva a demostrar el hecho que se pretende conocer; d) que no se presenten contraindicios consistentes.

Por último, respecto de las clases de indicios, solo se recomienda tener en cuenta dos categorías, a saber: a) Necesario: parte de un hecho que de manera infalible o inequívoca, demuestra la existencia o inexistencia del hecho investigado. La verdad es que esta relación de causalidad tan directa solo es posible en las leyes de la naturaleza. En consecuencia, el Juez o Jueza pocas veces podrá apoyarse en ellos. b) Contingente: parte de un hecho que no necesariamente muestra una relación de causalidad con el hecho investigado. El indicio contingente se analiza a partir del marco concausal, y en el caso concreto se argumenta la mayor probabilidad. Un conjunto de indicios contingentes pueden constituir plena prueba.

Las otras clasificaciones, tales como indicios graves, leves, circunstanciales, de tiempo, de modo, de lugar, etc., también son útiles cuando se trata de

argumentar con mayor detalle la inferencia lógica particular en el caso concreto. De todas maneras, en el análisis del indicio debe prevalecer la libre apreciación de la prueba por parte del Juez o Jueza. Serán entonces una guía, porque en últimas, el Juez o Jueza las apreciará de acuerdo con las reglas de la sana crítica⁹⁸.

AUTOEVALUACIÓN

Ae

Esta Autoevaluación será útil para medir sus conocimientos respecto de las subreglas desarrolladas por la jurisprudencia del Consejo de Estado. Le sugerimos que responda las preguntas antes de analizar los casos, y saque sus conclusiones. Después de estudiar las guías prácticas de los casos típicos, de nuevo responda las preguntas, para así afianzar los conocimientos adquiridos.

1. ¿Es suficiente el registro civil de nacimiento en donde se acredite la calidad de hermano medio, para efectos de presumir el perjuicio moral, o se requiere al menos prueba indiciaria?
2. ¿La responsabilidad médica puede demostrarse con la prueba indiciaria a partir de la historia clínica?
3. ¿Es los casos de desaparición forzada de civiles puede ser suficiente la prueba indiciaria para declarar la responsabilidad?
4. ¿Debe argumentarse la prueba indiciaria para efectos de brindar legitimidad a las decisiones judiciales?

⁹⁸ El Consejo de Estado se ha referido en varias sentencias a la prueba indiciaria. Ver entre otras: Sentencia del 26 de abril de 2002, radicación número: 68001-23-15-000-1994-0174-01(12823), Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros; sentencias del 10 de abril de 1997, Exp. 10138, Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque; del 19 de marzo de 1998, Exp. 10817, Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque; del 14 de diciembre de 1998, Exp. 12169, Ponente: Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros; del 15 de abril de 1999, Exp. 11862, Ponente: Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros y del 3 de febrero de 2000, Exp. 10979, Ponente: Dr. Alirio Eduardo Hernández Henríquez, todas de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Ae

5. ¿Qué tan relevante es la conexión temporal de los hechos indicativos, para efectos de la concordancia en la prueba indiciaria?

6. ¿Cómo argumentar un conjunto indiciario para efectos de establecer una desviación de poder?

7. ¿Cómo analizar la inferencia lógica de un hecho probado para construir un indicio?

8. ¿Son suficientes las inferencias de los testigos?

9. ¿El indicio se puede construir a partir de prueba sumaria o incompleta?

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Ap

Actividad pedagógica 1

GUÍAS PROCESALES DE CASOS TÍPICOS

A continuación el participante encontrará una serie de actividades que, con su desarrollo, le permitirá afianzar los aprendizajes sobre la unidad. Por favor despeje las siguientes cuestiones

T
C

- Hermanos medios, además del parentesco, deben probar los perjuicios morales, aunque sea con prueba indiciaria
- El Juez o Jueza administrativo al examinar las pruebas recaudadas en el proceso para efectos de reconocer perjuicios morales, observa que uno de los demandantes,

sólo acredita la calidad de hermano paterno, esto es, hermano medio.

Pj

- ¿Es suficiente el registro civil de nacimiento en donde se acredite la calidad de hermano medio, para efectos de presumir el perjuicio moral?

N
Sj

- Artículos 248-250 del CPC.
- En los casos de perjuicios morales se tiende a confundir el concepto de presunción con el de indicio. Por ello el Consejo de Estado ha precisado, de conformidad con la doctrina, que las presunciones no constituyen medios de prueba, dado que estas últimas, al ser establecidas por el legislador, implican que determinados hechos están exentos de demostración.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha recurrido tradicionalmente a la elaboración de presunciones para efectos de la demostración del perjuicio moral, en relación con los parientes cercanos. Sin embargo, debe advertirse que en verdad se trata del indicio como medio probatorio, según la definición del artículo 248 del CPC⁹⁹. En consecuencia, se parte de un hecho probado, el parentesco, del cual se deduce lógicamente, por las reglas de la experiencia, un hecho distinto, esto es, la existencia de relaciones afectivas y el sufrimiento consecuente por el daño causado a un pariente, cuando este no se encuentra probado por otros medios dentro del proceso.

Al tratarse de un indicio, puede suceder que en la mayoría de los procesos sea suficiente la prueba del parentesco, pero en otros, el Juez o Jueza administrativo también encontrará casos en donde pueden existir elementos de convicción en el expediente que impidan la aplicación llana de la correspondiente regla de la experiencia.

⁹⁹ C.E., Sección III. Ponente: Alier E. Hernández Enríquez. Sentencia del 19 de julio de 2001. Radicación: 52001-23-31-000-1995-6703-01(13086). Actor: Jorge Alfredo Caicedo Cortés. Demandado: Nación, Mindefensa, Armada Nacional.

Co

- En el caso concreto, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, Sección III, Magistrado ponente Alier E. Hernández Enríquez, sentencia del 21 de septiembre de 2000¹⁰⁰, la condición de hermano medio, no es un hecho indicador suficiente para deducir lógicamente el perjuicio moral. Se requiere de otros hechos probados o indicadores, como por ejemplo, convivir bajo el mismo techo, declaraciones de testigos sobre las relaciones y el grado de afectación moral, psicológica, etc. del hermano medio que actúa como demandante¹⁰¹.

Cuando se trate de los llamados hermanos medios, el Juez o Jueza administrativo al momento de recaudar declaraciones relacionadas con los perjuicios morales, en su condición de director del proceso, debe procurar que los testigos se refieran a dichos demandantes, para observar si ofrecen elementos de juicio nuevos y suficientes para la construcción del indicio, o si por el contrario, no hay aportes que consoliden el hecho indicador.

Ap

Actividad pedagógica 2

T

- La prueba indiciaria en responsabilidad médica. La causalidad médica no puede tenerse por demostrada, únicamente, en aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba.

C

- El Juez o Jueza al examinar la posible responsabilidad médica, nota que de la carga dinámica de la prueba, solo puede deducir judicialmente presunciones de culpa. Y ello

¹⁰⁰ C.E., Sección III, Ponente Alier E. Hernández Enríquez, sentencia del 21 de septiembre de 2000. Radicación número 11766. Actor: José Epigmenio López Gómez y otros.

¹⁰¹ Ver sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 29 de agosto de 1986, Ponente: Dr. Alejandro Bonivento Fernández.

no es suficiente, porque muchas veces su preocupación gira entorno a la causalidad, que en materia médica es muy compleja, especialmente cuando han intervenido una pluralidad de profesionales de la medicina, como consecuencia de la división del trabajo.

P
S

- ¿La responsabilidad médica puede demostrarse con la prueba indiciaria a partir de la historia clínica?
- El Consejo de Estado ha puntualizado:

“[...] la Sala advierte que se ha venido aplicando la denominada teoría de la carga dinámica probatoria, en el entendido de que el juez puede deducir presunciones de hombre de la conducta procesal observada por cualquiera de las partes (pasiva o timorata en el caso de los médicos), cuando estos están en mejores condiciones de representar el hecho en el proceso, con el propósito de acreditar diligencia y cuidado a la no culpa. Con la aplicación de dicha teoría solo se pueden deducir, judicialmente, presunciones de culpa. Asunto distinto es el atinente a la causalidad en materia médica, la cual no puede tenerse por demostrada, únicamente, en aplicación de la teoría de la carga dinámica. Así las cosas y aceptada la dificultad que suele presentarse en la demostración directa de la causalidad en materia médica, puede probarse indirectamente, —indiciariamente— partiendo de la misma historia clínica. El ámbito donde ha de situarse la atención para el análisis de los casos de responsabilidad, presupuesto la demostración del daño, es el del elemento causal, el cual no puede tenerse por demostrado con la sola prueba de una culpa en abstracto y, mucho menos, si se ha llegado a tal conclusión por la vía de la aplicación de la carga dinámica probatoria. Se reitera que la culpa no comporta de ordinario la prueba de la causa. [...]”¹⁰².

En ese orden de ideas, el Consejo de Estado también ha precisado que no se puede diluir la responsabilidad médica, por la intervención de diferentes profesionales de la medicina.

¹⁰² C.E., Sección III. Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Sentencia del 07 de octubre de 1999. Radicación número 12655. Actor: Bernardo Roldán y otros. Demandado: Instituto Metropolitano de Salud de Medellín; ISS.

“[...] La Sala no puede aceptar que los roles determinados y específicos que cumple cada miembro del grupo médico impidan a la postre establecer la responsabilidad del ISS, por la circunstancia de la división del trabajo. Las omisiones en que incurrió el grupo médico o la organización institucional en la prestación del servicio de salud, excluyen la idea de diligencia y cuidado, de regularidad y eficaz prestación del servicio público y, por lo mismo, se concluye que ante casos como este (de inactividad o pasividad del grupo médico en la prestación del servicio o de falta de organización y cumplimiento de las órdenes médicas) la causa del deceso ha de atribuirse al ente demandado, no porque exista prueba directa que así lo evidencie, sino porque existe prueba indirecta partiendo de la misma historia clínica. El juzgador puede hacer inferencias lógicas relativas a hechos debidamente probados concernientes a los atrás enunciados, de los cuales puede concluir el nexo de causalidad, cuando en la historia clínica no se anotó una causa eficiente, no proveniente del demandado, en la producción del hecho dañino —causa ajena—. Mas cuando en la historia clínica, después del diagnóstico y de la realización, como en este caso de un TAC, no se hizo constar que el paciente ingresó en estado de gravedad. Por consiguiente si el paciente se deteriora en manos de quien lo atiende y no se demuestra una causa extraña a este, se infiere de forma indirecta el nexo de causalidad. Concluye por tanto la Sala, en otros términos, que si el ISS hubiese agotado con diligencia y exhaustividad el contenido prestacional y el resultado curativo no se hubiere logrado, esa misma conducta evidenciaría la ausencia de falla. Por lo tanto, ante la demostración, de una parte, de las indicadas omisiones y, de otra, del nexo causal ha de imputársele al ISS el deceso del paciente. [...]”¹⁰³.

En otra sentencia el Consejo de Estado afirmó lo siguiente:

“[...] Tratándose de la relación de causalidad, no se plantea la inversión —ni siquiera eventual— del deber probatorio, que sigue estando, en todos los casos, en cabeza del demandante. No se encuentra razón suficiente para aplicar, en tales situaciones, el citado principio de las cargas probatorias dinámicas. Se acepta, sin embargo, que la demostración de la causalidad se realice de manera indiciaria, siempre que, dadas las circunstancias del caso, resulte muy difícil —si no imposible— para el demandante, la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar.[...]”¹⁰⁴.

¹⁰³ Op. cit. Radicación número 12655.

¹⁰⁴ C.E., Sección III. Ponente: Alier E. Hernández E. Sent. del 1º de julio de 2004. Rad. N° 08001-23-31-000-1993-7649-01(14696). Actor: Carmen Sofía Jaimes. Demandado: ISS. Ver también expediente 12.655 y sent. del 22 de marzo de 2001, exp. 13.284.



- Si no es insuficiente la prueba indiciaria, el Juez o Jueza puede recurrir a la teoría de la causa probable, que resulta muy útil en materia de responsabilidad médica.

Desde la perspectiva de la filosofía de la ciencia, la relación entre causa y efecto no ha de ser contingente sino necesaria. Es decir, cuando la asociación invariable entre dos fenómenos produce el mismo resultado¹⁰⁵.

Ahora bien, cuando se trata de la vida cotidiana¹⁰⁶, no se formulan todas las condiciones suficientes para la producción del efecto. El suceso elegido frecuentemente como la causa es, por lo común, un suceso que completa el conjunto de condiciones. En realidad es difícil encontrar una sola causa, y por ello se habla de un “contexto causal”¹⁰⁷.

Y si se trata de causalidad en materia médica el grado de complejidad es mayor. De allí que es abundante la jurisprudencia del Consejo de Estado que trata de dilucidar el tema. Veamos otra cita que puede resultar ilustrativa para el lector.

“[...] Las dificultades que ofrece para el demandante la demostración de la falla del servicio, se han hecho respecto de la prueba de la relación de causalidad existente entre el hecho de la entidad demandada y el daño del cual resultan los perjuicios cuya indemnización se reclama. En efecto, también en ello están involucrados elementos de carácter científico, cuya comprensión y demostración resulta, en ocasiones, muy difícil para el actor. En sentencia del 3 de mayo de 1999, esta Sala manifestó: ‘En consideración al grado de dificultad que representa para el actor la prueba de la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño en los casos en que esté comprometida la responsabilidad profesional, no solo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación causal, se afirma que cuando sea imposible esperar certeza o exactitud

¹⁰⁵ González Lagier, Daniel. Acción, causa y derecho. Curso Internacional de Teoría del Derecho para jueces. Universidad Nacional de Colombia.

¹⁰⁶ Ver Ernest Nagel, en “Estructura de la ciencia”.

¹⁰⁷ González Laguier precisa: “[...] Supongamos dos fenómenos (p) y (q). Decimos que (p) es condición necesaria de (q) cuando su presencia hace posible que q ocurra (aunque no hace que necesariamente ocurra, porque falta algún factor adicional) y su ausencia hace que q sea imposible. Decimos que (p) es condición suficiente de (q) cuando su presencia hace que q suceda con toda seguridad, pero su ausencia no hace imposible que (q) ocurra, porque este puede tener una causa distinta [...]”.

en esa materia ‘el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia’, es decir, que la relación de causalidad queda probada ‘cuando los elementos de juicio suministrados conducen a un grado suficiente de probabilidad’. Al respecto ha dicho la doctrina: “En términos generales, y en relación con el ‘grado de probabilidad preponderante’, puede admitirse que el juez no considere como probado un hecho más que cuando está convencido de su realidad. En efecto, un acontecimiento puede ser la causa cierta, probable o simplemente posible de un determinado resultado. El juez puede fundar su decisión sobre los hechos que, aun sin estar establecidos de manera irrefutable, aparecen como los más verosímiles, es decir, los que presentan un grado de probabilidad predominante. No basta que un hecho pueda ser considerado sólo como una hipótesis posible. Entre los elementos de hecho alegados, el juez debe tener en cuenta los que le parecen más probables. Esto significa sobre todo que quien hace valer su derecho fundándose en la relación de causalidad natural entre un suceso y un daño, no está obligado a demostrar esa relación con exactitud científica. Basta con que el juez, en el caso en que por la naturaleza de las cosas no cabe la prueba directa, llegue a la convicción de que existe una ‘probabilidad’ determinante [...]”¹⁰⁸.

Para profundizar en estos temas se recomienda al lector los siguientes textos que han sido citados con cierta frecuencia por parte del Consejo de Estado:

1) Bueres, Alberto J. Responsabilidad civil de los médicos, Hammurabi, Buenos Aires, 1992. 2) Sobre las causas concurrentes y la concausa, y la factibilidad de interrupción del nexo causal, ver Mosset Iturraspe, Responsabilidad Civil del médico, Astrea, Buenos Aires, 1979. 3) Roberto Vásquez Ferreira. “De daños y perjuicios de la medicina”.

Ap

Actividad pedagógica 3

T

- Prueba indiciaria en los casos de desaparición forzada de civiles.

¹⁰⁸ C.E., Sección III. Ponente: Alier E. Hernández Enríquez. Sentencia del 1° de julio de 2004. Radicación número: 08001-23-31-000-1993-7649-01(14696). Actor: Carmen Sofía Jaimes de Mendoza. Demandado: ISS.

C

- El Juez o Jueza administrativo, al examinar el expediente en donde se indaga la responsabilidad por desaparición forzada de civiles, no encuentra pruebas directas que impliquen a las fuerzas militares o policiales. Duda si la sentencia podría fundamentarse en prueba indiciaria, en un caso tan delicado, que es de carácter delictual.

Pj

- ¿En los casos de desaparición forzada de civiles es suficiente la prueba indiciaria para declarar la responsabilidad?

N

- El artículo 248 del CPC precisa lo siguiente: “para que un hecho pueda considerarse como indicio, deberá estar debidamente probado en el proceso”.

Sj

- El Consejo de Estado ha marcado el camino para fundamentar las sentencias en la prueba indiciaria de la siguiente manera:

“[...] En el caso de la desaparición forzada de ciudadanos, consecuente de la dificultad de recaudarse en el plenario pruebas directas demostrativas de la responsabilidad patrimonial de la administración, la Sala ha acudido a medios probatorios tales como los indicios, para fundamentar sus decisiones, tal como ocurrió en la sentencia del 17 de junio de 1993, expediente 7918 [...]”¹⁰⁹.

Co

- En estos casos, generalmente el hecho probado consiste en que los testigos declaran sobre la retención o captura del ciudadano por parte de personal perteneciente a las fuerzas militares o policiales. De tal hecho probado, ante la no aparición del ciudadano, se podría inferir en forma lógica que ha sido sometido a una desaparición forzada. Ahora bien, el Juez o Jueza debe tratar de apoyarse no sólo en este indicio, sino en todo otro hecho que le permita reforzar el indicio principal o eje de la argumentación.

¹⁰⁹ C.E., Sección III, sentencia del 4 de diciembre de 2002. Ponente: Germán Rodríguez Villamizar. Radicación número 23001-23-31-000-1996-7369-01(13922). Actor: Saudita del Carmen Gómez y otros. Demandado: Nación, Mindefensa, Polinal.

A_p

Actividad pedagógica 4

T

- Evaluación de la prueba indiciaria mal argumentada en proceso penal.

C

- El Juez o Jueza, al examinar la providencia penal que ordenó la medida de aseguramiento, observa que se fundamentó en un indicio, del cual sólo se afirma su existencia, pero no se consignó la argumentación que sustentara el mismo.

P_j

- ¿Debe argumentarse la prueba indiciaria para efectos de brindar legitimidad a las decisiones judiciales?

N

- El artículo 248 del Código de Procedimiento Civil, precisa que “para que un hecho pueda considerarse como indicio, deberá estar debidamente probado en el proceso”.

S_j

- El Consejo de Estado nos ilustra de la siguiente manera:

“[...] La prueba indiciaria es la que se obtiene mediante una inferencia lógica de un hecho debidamente acreditado. Según la doctrina, ‘existe indicio grave cuando entre el hecho demostrado (indicio) y el hecho a probar, exista una relación lógica inmediata’. Aunque en la providencia que se decretó la medida de aseguramiento en contra del demandante se dijo contar con ‘indicios graves’ de su responsabilidad, no se señalaron los hechos indicadores de tales indicios, ni mucho menos el porqué tales pruebas conducían a inferir la autoría intelectual del señor García Cuéllar en el hecho. Pero, aun si se hace abstracción del deber que tenía el funcionario judicial de señalar en la prueba indiciaria los elementos que la constituyen, se advierte, de igual manera, que el único hecho indicador de la responsabilidad del señor García Cuéllar podía ser la existencia del conflicto que este tenía con el padre de la víctima por la ocupación de un terreno, hecho que en verdad podía hacerlo sospechoso del delito, pero que no permitía construir un indicio grave en su contra, por la falta de

relación directa con la muerte del menor, dado que esta fue ejecutada por personas diferentes, con respecto a las cuales no se acreditó que tuvieran ningún vínculo con el demandante. Nota de Relatoría: Ver sentencias de la Corte Suprema de Justicia de 26 de junio de 1982 y de 26 de mayo de 1971[...]¹¹⁰.

Co

- El indicio es uno de los medios probatorios que más exige carga argumentativa por parte del funcionario judicial. Con frecuencia se observa que el indicio como medio probatorio, se confunde con la mera sospecha. De allí que de conformidad con la jurisprudencia transcrita el Juez o Jueza administrativo debe ser exigente cuando se trate de valorar los argumentos relacionados con la prueba indiciaria.

Ap

Actividad pedagógica 5

TC

- Deficiencias de concordancia y convergencia en la argumentación de la prueba indiciaria.
- El Juez o Jueza examina el alegato de la parte demandante en donde asegura que existen suficientes hechos indicadores, debidamente probados, a partir de los cuales se demuestra el estado de embriaguez de los policiales. Se apoya en la inspección judicial practicada dos meses después, en donde se dejó consignado que en el sitio había una botella de licor vacía.

Pj

- ¿Qué tan relevante es la conexión temporal de los hechos indicativos, para efectos de la concordancia en la prueba indiciaria?

¹¹⁰ C.E., Sección III. Sentencia del 28 de abril de 2005. Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Radicación número 13001-23-31-000-1996-01111-01(15348). Actor: Orlando García Cuéllar. Demandado: Fiscalía General de la Nación.

Sj

- El órgano límite de nuestra jurisdicción precisó lo siguiente:

“[...] Lo que la parte actora calificó como prueba indiciaria y que apoyó en los siguientes hechos: la reiterada conducta regular y en general los problemas de conducta de los agentes de la policía; el estado de embriaguez de los agentes el día de los hechos; la botella de brandy encontrada en el lugar de los hechos; el traslado de los agentes pocos días después del crimen; los problemas de la policía con el cura párroco y la coincidencia entre el calibre de los proyectiles encontrados y el de las armas de dotación, la Sala manifiesta, en primer lugar, que de tener por probados plenamente esos hechos, que el demandante afirma como indicios, no sirven para obtener como resultado el hecho indicado buscado, porque no son temporalmente coetáneos; en el material probatorio se puede corroborar que lo que tiene que ver con la botella de brandy, los casquillos de la munición no está anotado en el acta de levantamiento el día de levantamiento de los hechos; solo se hace referencia a ello en declaraciones hechas por testigos ante esta jurisdicción, que también rindieron testimonio antes la Fiscalía, época en la cual sobre esos puntos no hicieron manifestación. Si bien con posterioridad a la muerte de JT, dos meses después, se realizó una inspección en el terreno donde el hecho acaeció, en el cual se encontró la mencionada botella, tal diferencia en el tiempo solo permitió establecer que para el día de la práctica de la diligencia se encontró una botella. Esos hechos que el demandante califica como indicios no lo son porque para que lo fueran era obligado que sirvieran para establecer otro; sobre esos hechos individuales no se demostró además que tuvieran conexión con otros y que de su conjunto se pudiera deducir, lógicamente, lo que se quiso probar en la demanda. Distinto fuera si el día del levantamiento hubiese quedado constancia de esa botella y esos casquillos, situaciones que podrían haber dado lugar a un análisis distinto, sin afirmar por ello sólo que se habría probado la responsabilidad. Finalmente, la coincidencia del mismo calibre 38L de los proyectiles que se hallaron en el cadáver de JTP con los revólveres de dotación oficial asignados a algunos agentes de la estación de policía si bien es un hecho de importancia en el proceso, que no se desconoce, no es determinante ni conclusivo, más cuando no se probó técnicamente que los que dieron muerte a José fueron percutidos con una o unas de las armas utilizadas por la Policía. En consecuencia, si bien está probado plenamente que el calibre de la munición que dio muerte a la víctima era 38L este hecho no es constitutivo de hecho

indicador de que la muerte provino de agentes del Estado; falta probatoriamente el establecimiento de la conexión entre ese calibre y la muerte misma [...]”¹¹¹.

Co

- La citada jurisprudencia es muy interesante por la prolija argumentación probatoria que allí se consignó. Especialmente cuando resalta la importancia crucial que tiene para la concordancia de los hechos, las circunstancias de tiempo, modo y lugar. La argumentación de la prueba indiciaria debe ser muy exigente en ese sentido y el Juez o Jueza debe estar atento a cualquier inconsistencia.

Ap

Actividad pedagógica 6

TC

- Prueba indiciaria para demostrar la desviación de poder.
- El Contralor Departamental recién posesionado decide desvincular a 123 personas de dicha dependencia. En el proceso se probaron varios hechos indicadores, a partir de los cuales se podría construir una inferencia lógica de posible desviación de poder.

Pj

- ¿Cómo argumentar un conjunto indiciario para efectos de establecer una desviación de poder?

Sj

- El Consejo de Estado nos ilustra con este ejemplo:

“[...] La Sala se ha referido a la demostración de las desviaciones de poder para sostener que como de ellas no existe medio solemne de comprobación de juicio

¹¹¹ C.E. Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Sent. del 16 de febrero de 2001. Radicación número 12703. Actor: William Pérez Castellanos y otros.

se aceptan las pruebas del móvil ilegítimo de la administración y el nominador en particular, como los testimonios y los indicios, sin que resulten de suyo descartarles los medios documentales en sus diferentes especies. La demandante es una de las 123 personas desvinculadas por el Contralor Departamental entre el 9 de enero y el 15 de marzo de 1991; es decir, algo más de sesenta días de gestión, que objetivamente señala una alta frecuencia de rotación de personal y, comparando con el total procesalmente estudiado (hasta septiembre de 1991), corresponde al 68.71%. Gravita en contra de la actuación del nominador la función retiros en ejercicio de la discrecionalidad y la brevedad del lapso de su ejercicio, aunque de suyo no indican en desviación de sus facultades. La susodicha brevedad temporalmente limita adversamente contra los actos, pues no puede decirse que se sopesó razonablemente al desenvolvimiento de los servicios en la entidad y de los empleados desvinculados, para expedirlos. Entre lo planteado en la demanda como cuestionamiento desviacionista por razones políticas y lo que trasciende del contexto probatorio se demostró la ocurrencia objetiva de sucesos tales como el de cambio del Contralor Departamental, la manera como se produjo y aun respecto de la composición político-partidista que le encomendó dichas funciones. Que en sus dos primeros meses de gestión, el Contralor Ortiz Patiño desvinculó un gran número de empleados de la entidad. A partir de los testimonio de Mario Alfonso González Infante y Flavio Hernán Flórez Jiménez se establecen los indicios suficientes para concluir que la Diputación de la Asamblea del Departamento condicionaba a su beneplácito el acceso, la permanencia y el retiro de los empleos de la Contraloría Departamental, donde no existía un sistema de ingreso a los cargos por méritos o de carrera; que la demandante no cumplía cargo de los calificados por la jurisprudencia de la Sala como de la “cúpula” en los cuales se ha admitido la solicitud de su dimisión, así como el retiro por razones políticas. Se colige que la resolución dubitada no corresponde al ejercicio legítimo de la facultad discrecional del nominador, pues precisamente atendió compromisos político-partidistas ajenos al servicio público que no han de animar el ejercicio de aquella facultad, y la sentencia se confirmará.[...]”¹¹².



- Nótese que el Consejo de Estado no parte de un único hecho indicador, sino de varios hechos probados, que encadenados y con mutuo apoyo, permiten la inferencia lógica según la cual, el Contralor Departamental ejerció ilegítimamente su poder discrecional.

¹¹² C.E., Sección Segunda. Ponente: Carlos Arturo Orjuela Góngora. Sent. del 20 de septiembre de 1996. Radicación número 7073. Actor: Nubia Esperanza Suescún García.

Veamos los múltiples indicadores citados en la providencia: 1) 123 personas desvinculadas por el Contralor Departamental entre el 9 de enero y el 15 de marzo de 1991; 2) sólo llevaba sesenta días de gestión; 3) el personal desvinculado corresponde al 68.71%. 3) Los testimonios de Mario Alfonso González Infante y Flavio Hernán Flórez Jiménez establecen los indicios suficientes para concluir que la Diputación de la Asamblea del Departamento condicionaba, a su beneplácito, la vinculación a la Contraloría Departamental.

A_p

Actividad pedagógica 7

T

- Prueba indiciaria en los casos de insubsistencia del nombramiento. Insuficiencia de la inferencia hecha por el testigo.

C

- En un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho por declaratoria de insubsistencia, el demandante demuestra que presentó un informe contrario a un proceso de contratación en la entidad, pero no aportó elementos de juicio suficientes que sustentaran la inferencia lógica, según la cual, la causa del retiro se motivó en aquel informe. Los testimonios recaudados son los encargados de hacer las inferencias, según su sentir.

P_j

- ¿Cómo analizar la inferencia lógica de un hecho probado para construir un indicio? ¿Son suficientes las inferencias de los testigos?

S_j

- El órgano límite de nuestra jurisdicción ha dicho:

“[...] El cumplimiento de una labor, en las condiciones que lo exige el cargo, no puede convertirse en un indicio de desviación en la medida discrecional

y tampoco constituirse en fuero de inamovilidad. No puede aceptarse que las afirmaciones y las deducciones de los testigos sean las que determinen el nexo de causalidad para demostrar la desviación de poder, él debe construirse sobre la demostración de hechos que encadenados lleven a la certeza de que, siendo ajenos a las necesidades del buen servicio, fueron la causa del retiro. Es decir hechos que puedan alcanzar la categoría de indicios que inalterablemente formen en el juzgador la certeza de la desviación de poder. Recuérdese que el indicio es un hecho del cual se infiere otro desconocido, es decir que existe un hecho conocido, un hecho desconocido que se pretende demostrar, y una inferencia lógica, por medio de la cual, partiendo del hecho conocido, se logre con certeza o probabilidad, deducir el hecho que se quiere conocer. El actor se dedicó a probar que presentó un informe pero no hizo esfuerzo alguno en demostrar que este, por señalar inconsistencias en la contratación, fue la causa del retiro. En cuanto a las calidades del actor, ha sido criterio de la Corporación que la idoneidad profesional para el ejercicio de un cargo y el buen desempeño de sus funciones no otorgan, por sí solos, a su titular prerrogativa de permanencia en el mismo, pues esto es lo mínimo que puede exigirse a todo funcionario. [...]”¹¹³.



- Es muy interesante el análisis del indicio que hace el Consejo de Estado porque llama la atención sobre la deficiencia probatoria, en un punto en donde fácilmente se incurre en error de argumentación. No es suficiente el hecho probado para forzar la inferencia lógica, a partir de las deducciones propuestas por los testigos.

En el caso concreto, además de la existencia del informe, se debió probar en el proceso, entre otros, por ejemplo, los siguientes indicadores: i) la molestia o contrariedad del jefe del organismo que firmó la insubsistencia del nombramiento; ii) constancias en las actas; iii) manifestaciones o información de las personas directamente relacionadas con el proceso de contratación, etc.

En resumen, además del hecho probado (indicador, base de la inferencia) es necesario demostrar en el proceso otros indicadores, que encadenados, permitan al

¹¹³ C.E. Sección Segunda. Ponente: Alberto Arango Mantilla. Sent. del 1º de noviembre de 2001. Radicación número 25000-23-25-000-1997-5741-01(818-99). Actor: Rafael Sánchez Zurriago. Demandado: Nación, Minhacienda y Crédito Público.

Juez o Jueza hacer la inferencia lógica pertinente. Desde luego que lo anterior no puede considerarse como regla general, porque dependerá de cada caso concreto. Sin embargo, es una buena recomendación para las partes y para el Juez o Jueza.

A

Actividad pedagógica 8

T C

- La prueba sumaria no es un indicio.
- En los alegatos se argumentó que el Juez o Jueza debe valorar como indicio, la declaración que obra en el expediente, aunque esta no hubiese sido ratificada.

P

- ¿El indicio se puede construir a partir de prueba sumaria, o incompleta?

S

- El Consejo de Estado precisó:

“[...] La prueba indiciaria se deduce o infiere con medios probatorios que están en forma debida para la apreciación y para la valoración. Por consiguiente, debe hacerse claridad en que las pruebas directas no controvertidas o ratificadas, es decir ser simplemente pruebas sumarias, no deviene en prueba indirecta y por lo mismo no se transmuta o transforma en prueba indiciaria.

La prueba indiciaria no aparece como consecuencia del deficiente estado de las pruebas directas ‘no controvertidas y no contradichas’; no aparecen en el terreno de las probanzas como consecuencia subsidiaria del descarte de análisis sobre las directas por su irregular estado de apreciación; aparecen sí cuando de las pruebas directas en perfecto estado de apreciación se establecen hechos indicadores

con los cuales, por razonamiento lógico, se deducen otros hechos llamados indicados.[...]”¹¹⁴.

Co

- Aunque es un concepto más o menos conocido, de todas maneras consignamos el caso, para evitar la tentación de considerar la prueba sumaria, o incompleta, como indicador para efectos de construir un indicio. Recuérdese que el indicio sólo se puede construir a partir de un hecho debidamente probado, si no es así, la cadena argumentativa se ve afectada por la llamada “pendiente resbaladiza”.

¹¹⁴ C.E., Sección Tercera. Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Sent. del 16 de febrero de 2001. Radicación número 12703. Actor: William Pérez Castellanos y otros.

UNIDAD 18

LA PRUEBA TRASLADADA Y ANTICIPADA

Por William Hernández Gómez

Oe

- El análisis práctico de la prueba trasladada y anticipada en el proceso contencioso administrativo.
- Destacar las subreglas jurisprudenciales desarrolladas por el Consejo de Estado en relación con la prueba trasladada y anticipada.
- Desarrollar habilidades en el discente para identificar problemas jurídicos derivados de la prueba trasladada y anticipada.
- Hacer recomendaciones prácticas desde la perspectiva del Juez o Jueza director del proceso contencioso administrativo.

ENSAYO. CONCEPTOS CLAVE

Cuando se trate de prueba trasladada el Juez o Jueza debe dar aplicación estricta al artículo 185 del CPC. Las reglas a seguir, entre otras, son las siguientes¹¹⁵:

La regla general: las pruebas practicadas en un proceso distinto al contencioso administrativo no pueden ser valoradas para adoptar la decisión que corresponda

¹¹⁵ C.E., Sección III. Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Sent. del 21 de septiembre de 2000. Radicación número: 11766. Actor: José Epigmenio López Gómez y otros.

dentro del mismo, salvo que, siendo procedente su traslado, este se efectúe dando cumplimiento a los requisitos que más adelante precisaremos. Si estos no se cumplen, no podrán ser tenidas en cuenta por el juzgador; tampoco podrá dárseles el valor de indicios. Lo anterior se fundamenta en la necesidad de honrar el principio de controversia. No puede esgrimirse una prueba válidamente en contra de quien no ha tenido la oportunidad de controvertirla. Veamos las particularidades:

a) Los testimonios practicados en un proceso diferente solo pueden valorarse si: a) se anexa en copia auténtica; b) han sido practicados con audiencia de la parte contra la cual se aducen; c) cuando, sin cumplir este último requisito, son ratificados en el nuevo proceso (art. 229 del CPC).

b) Los documentos, públicos o privados autenticados, podrán ser valorados si se dio cumplimiento al artículo 289 del CPC. Es decir, se debe expedir auto que ordene tenerlo como prueba, para efectos de garantizar el derecho de contradicción.

No se admitirá la tacha de falsedad cuando el documento impugnado carezca de influencia en la decisión, o se trate de un documento privado no firmado, ni manuscrito por la parte a quien perjudica.

c) Los informes técnicos y peritaciones de entidades y dependencias oficiales, se pondrán en conocimiento de las partes por el término de 3 días (arts. 238 y 243 del CPC).

d) Las inspecciones judiciales y los dictámenes periciales no pueden trasladarse a procesos distintos de aquellos en los que fueron practicados, cuando ello no se hizo a petición o con audiencia de la parte contra la cual se aducen. Si no se cumple lo anterior, es necesario practicar nuevamente la inspección judicial o el dictamen pericial. El Consejo de Estado, en sentencia de 19 de noviembre de 1998¹¹⁶, exp: 12.124, indicó que “[...] Cuando se trata de prueba diferente, por ejemplo de una inspección judicial, o un dictamen pericial, es menester volver a practicar la prueba; en consecuencia, aquella trasladada solo tendrá el valor de indicio. [...]”. Nótese que según esta jurisprudencia, cuando se trate de inspección judicial o peritaje, sí es posible apreciarla como indicio. Esta última afirmación contradice la regla general señalada más arriba, y que expone la sentencia del

¹¹⁶ Providencia citada en la sentencia del C.E., Sección III. Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Sent. del 5 de diciembre de 2005. Radicación número 68001-23-31-000-1993-09626-1(15914). Actor: Rubén Darío González Peña y otros. Demandado: Nación, Mindefensa, Polinal.

CE. Sección III. Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Sent. del 21 de septiembre de 2000. Rad. N° 11766. Actor: José Epigmenio López Gómez y otros.

El Juez o Jueza administrativo como director del proceso debe evitar estas ambigüedades respecto de inspecciones judiciales o dictámenes periciales, decidiendo tempranamente, al momento de decretar las pruebas, si es necesario practicarlas nuevamente, en cuyo caso deberá ordenarlas de oficio, si fuere el caso.

e) Por otra parte, cuando se trata de la sentencia proferida dentro de un proceso judicial, la situación es diferente. En efecto, la sentencia judicial por regla general tiene valor de cosa juzgada. Sin embargo, debe precisarse, que por ejemplo, en caso de declararse la responsabilidad penal del agente estatal, ello no implica, necesariamente, la declaración de responsabilidad patrimonial de la administración, ya que debe demostrarse que aquel actuó en desarrollo de un acto propio de sus funciones o que su actuación estuvo en nexos con el servicio público.

Ahora bien, si la prueba trasladada (remitida por el Juez o Jueza que conoció del primer asunto) llega ante el Juez o Jueza administrativo en copia informal, debe valorarlas en todo su alcance, excepto cuando se trate de servir como base del recaudo ejecutivo, tal y como lo indica el Consejero Juan Ángel Palacio Hincapié en su libro “La prueba judicial”, porque si las copias informales se pueden hacer valer ante cualquier autoridad (según el art. 21 de la L. 446), con mayor razón las que se expiden estando en curso el proceso¹¹⁷. Esta es una interesante visión, menos formalista, que puede agilizar el trámite del proceso.

Por otro lado, si la prueba trasladada ha sido pedida por ambas partes, podría pensarse que no habría limitación alguna para valorarla.

Por último, y en el mismo sentido, creemos que es un exceso de formalismo rechazar las copias de la prueba trasladada cuando el Juez o Jueza del proceso de origen remite el expediente completo, en donde se encuentra la pieza procesal solicitada. El Juez o Jueza debe tener un criterio amplio y, por tanto, si las copias anexas permiten el examen integral de la prueba trasladada, es irrelevante si sobran otras piezas procesales. En caso extremo, si el Juez o Jueza considera que dichas copias en exceso contaminan el expediente, podrá ordenar el desglose pertinente y solo dejar las copias de las piezas procesales que contienen la prueba trasladada (artículos 115, 117 del CPC).

¹¹⁷ Palacio Hincapié, Juan Ángel. La prueba judicial. T.I. Bogotá, Doctrina y Ley. 2004. p. 101. Ver también Ley 597/03 y art. 21 de la L. 446/98.

AUTOEVALUACIÓN

Esta Autoevaluación será útil para medir sus conocimientos respecto de las subreglas desarrolladas por la jurisprudencia del Consejo de Estado. Le sugerimos que responda las preguntas antes de analizar los casos, y saque sus conclusiones. Después de estudiar las guías prácticas de los casos típicos, de nuevo responda las preguntas, para así afianzar los conocimientos adquiridos.

Ae

1. ¿El Juez o Jueza administrativo deberá decretar y practicar nuevamente las pruebas que obran en el expediente remitido a su despacho por competencia?
2. ¿Cuál es el valor probatorio del testimonio que se aduce como prueba trasladada, sin ratificación en el proceso contencioso administrativo? ¿Se podrá valorar en los aspectos negativos que resultaren respecto de quien la aportó?
3. ¿Cuál es el valor probatorio de la sentencia penal en un proceso contencioso administrativo?
4. ¿Ante el vicio de ilegalidad de las pruebas anexadas al proceso penal, el daño causado será imputable a quien las aportó, o a quien las valoró?
5. ¿Puede el Juez o Jueza alterar lo ordenado en el inciso final del artículo 229 del CPC en aras de la economía procesal, para efectos de ratificar un testimonio?
6. ¿Puede el Juez o Jueza apreciar una prueba testimonial trasladada, que no ha sido ratificada, porque las partes coadyuvaron las mismas pruebas, o incluso estructuraron su argumentación en aquellas?
7. ¿La prueba testimonial anticipada recaudada, sin cumplir con los requisitos del CPC, podrá ser apreciada por el Juez o Jueza al momento de dictar sentencia?
8. ¿Podrá decretarse la ratificación de una declaración rendida ante un Notario?

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Ap

Actividad pedagógica 1

GUÍAS PROCESALES DE CASOS TÍPICOS

A continuación el participante encontrará una serie de actividades que, con su desarrollo, le permitirá afianzar los aprendizajes sobre la unidad. Por favor despeje las siguientes cuestiones:

Casos de prueba trasladada

TC

- La validez de las pruebas practicadas por Juez o Jueza incompetente y la controversia de las mismas.
- Un juzgado civil del circuito tramitó una acción popular contra un particular, en el que recaudó varias pruebas (peritaje, testimonio, inspección judicial). Luego de practicar las pruebas, el Juez o Jueza decidió vincular al municipio¹¹⁸. Por tal razón consideró que no tenía jurisdicción y remitió el proceso al Juez o Jueza administrativo. El Juez o Jueza civil profirió un auto en el que declaró la nulidad de todo lo actuado. El abogado de la entidad demandada envía un memorial al Juez o Jueza Administrativo en el que solicita el decreto y práctica de todas las pruebas. El accionante replica con otro memorial en donde asegura que las pruebas son válidas porque así lo dispone el artículo 146 del CPC, por tanto, no puede desconocerlas, aunque de ello no se haya dicho nada en el auto que declaró la nulidad¹¹⁹.

¹¹⁸ “[...] Lo anterior no obsta para que eventualmente en el curso del proceso el juez (civil) del conocimiento considere que existan razones suficientes como para vincular a un ente de la administración por su acción u omisión y entonces, el asunto corresponda por fuero de atracción a la jurisdicción contenciosa; es el juez natural, el encargado de desatar la controversia planteada entre las partes [...]”. Ver providencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, con ponencia de Temístocles Ortega Narváez. Radicación No. 11001010200020040142 01. Aprobado Según Acta No. 34 del 31 de marzo de 2004. Entre paréntesis “civil”, fuera de texto.

¹¹⁹ Ver providencia del 26 de marzo del año 2001, de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, con ponencia de Temístocles Ortega Narváez, que resolvió conflicto de jurisdicción suscitado

Pj

- ¿El Juez o Jueza administrativo deberá decretar y practicar nuevamente las pruebas que obran en el expediente remitido a su despacho por competencia?

N

- El artículo 146 del CPC indica que las pruebas practicadas dentro de la actuación que se ha calificada como nula, conservará su validez. Pero también advierte que será ineficaz respecto de quienes no tuvieron oportunidad de contradecirla.

Sj

- El Consejo de Estado ha precisado que las pruebas practicadas por Juez o Jueza incompetente conservan la validez. Ha dicho que “[...] en materia de nulidades procesales, el Código de Procedimiento Civil enseña que en cualquier estado del proceso, antes de dictar sentencia, el juez deberá declarar de oficio las nulidades insaneables que observe (art. 145); que el proceso es nulo en todo o en parte, entre otros, cuando el juez carece de competencia (num. 2 art. 140 C. P. C). Igualmente, prevé que ‘No podrán sanearse las nulidades de que tratan las nulidades 3 y 4 del artículo 140,... ni la proveniente de falta de jurisdicción o de competencia funcional’ (inc. final art. 144).Y que ‘La nulidad sólo comprenderá la actuación posterior al motivo que la produjo y que resulte afectada por este ()’ y agrega: ‘Sin embargo, la prueba practicada dentro de dicha actuación conservará su validez y tendrá eficacia respecto a quienes tuvieron la oportunidad de contradecirla’ (art. 146. Desde otro punto de vista, la ley es clara frente a la imposibilidad de sanear la nulidad proveniente de la falta de competencia funcional pero determina que la prueba practicada válidamente conservará su validez y eficacia respecto a quienes tuvieron la oportunidad de contradecirla [...]”¹²⁰.

entre el Tribunal Administrativo de Antioquia y el juzgado Trece Civil del Circuito de Medellín. Radicación No. 110010102000 20010238 01, aprobada según Acta No. 22 del 26 de marzo del 2001.

¹²⁰ Ver providencia del C.E. del 16 de marzo de 2005. M.P. María Elena Giraldo Gómez, radicación número 25000-23-26-000-2000-02231-01(26412), en proceso ejecutivo del IFI contra Empresa Colombiana de Vías Férreas, Ferrovías.

Co

- En el caso concreto se observa que el municipio vinculado no tuvo oportunidad de controvertir las pruebas ya practicadas (peritaje, testimonio, inspección judicial, etc.).

En materia probatoria el debido proceso se concreta en la inequívoca oportunidad que deben tener las partes para controvertir el decreto, la práctica y la valoración de las mismas.

Por tanto, debe prevalecer el debido proceso, independientemente de la validez que puedan tener las pruebas practicadas por el Juez o Jueza civil, en el caso concreto es necesario hacerlas eficaces, y por tanto, el Juez o Jueza administrativo debe brindar la oportunidad para que las partes soliciten nuevamente pruebas, se ordenen y practiquen.

El Juez o Jueza como director del proceso debe tratar de vincular desde el inicio mismo de la litis a todas las partes, para así evitar situaciones como las ilustradas en el caso.

Por otra parte, en casos similares, si no hay objeción de las partes respecto de las pruebas legalmente practicadas ante el Juez o Jueza que se declaró incompetente, se sugiere la siguiente alternativa: El Juez o Jueza administrativo podría proferir un auto de mejor proveer en donde requiera a las partes para que hagan manifestaciones expresas sobre las pruebas que fueran practicadas en el juzgado de origen, de esa manera, si las partes convalidan las mismas, no será necesario nuevo decreto de pruebas. Si solo hay cuestionamientos respecto de algunas pruebas concretas, el Juez o Jueza decretará y practicará las pertinentes. Creemos que de esta manera se puede convalidar las pruebas, y se honraría el principio de la economía procesal.

Ap

Actividad pedagógica 2

T

- La prueba testimonial trasladada de un expediente penal, en donde hubo oportunidad de controvertirla por la parte que solicitó el traslado. Valoración.

C

- En un proceso contencioso administrativo obra una declaración recaudada en una investigación penal. El demandante que fue parte en dicha investigación penal solicitó el traslado de una prueba testimonial, pero no impetró la ratificación del mismo. En el alegato de conclusión el propio demandante se percató de que dicho testimonio trasladado no le favorece, y por ello alega que como no se ratificó, no puede dársele valor probatorio alguno.

Pj

- ¿Cuál es el valor probatorio del testimonio que se aduce como prueba trasladada, sin ratificación en el proceso contencioso administrativo? ¿Se podrá valorar en los aspectos negativos que resultaren respecto de quien la aportó?

N

- El artículo 185 del CPC indica que las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciadas sin más formalidades si en el proceso primitivo se hubieren practicado, bajo dos condiciones: 1) a petición de la parte contra quien se aduce, 2) o con audiencia de ella.

Sj

- El Consejo de Estado ha precisado:

“[...] La Corporación ha expresado ‘que por lealtad procesal no pueden las partes aceptar que una prueba haga parte del acervo probatorio y en caso de que la misma le resulte desfavorable, invocar las formalidades legales para su admisión’. Por consiguiente la exigencia legal de la ratificación de la prueba testimonial trasladada del proceso penal puede entenderse suplida con la admisión probatoria de quien en el proceso original no la contradijo, no la pidió o no se recepcionó con su audiencia, porque la admisión de la prueba a su propia voluntad representa la renuncia al derecho de contradicción y admite que la prueba sea valorada sin necesidad de la misma y, en consecuencia, no le es dable al fallador desconocer su interés para exigir el cumplimiento de una formalidad cuyo objeto es la protección del derecho sustancial (art. 228 C. P. C). [...]”¹²¹.

¹²¹ C.E., Sección III, sent. del 22 de abril de 2004. Ponente: María Elena Giraldo Gómez.

Co

- Se trata de un caso excepcional a la regla general que trae el artículo 185 del CPC, en donde se hace prevalecer el principio de lealtad procesal de las partes. En el caso concreto se consideró que si la parte que solicitó el traslado, y además tuvo la oportunidad de controvertir la misma en el proceso primitivo penal porque fue el sindicado (por ejemplo), no puede argumentar a última hora que dicha prueba no puede ser valorada por el Juez o Jueza, porque no se ratificó en el proceso contencioso administrativo.

Por regla general la prueba testimonial trasladada debe ratificarse, de conformidad con lo indicado en el artículo 229 del CPC, en cuyo caso, para tal efecto, se repetirá el interrogatorio en la forma establecida para la recepción de testimonio, sin permitir que el testigo lea su declaración anterior. Si no se dan estas condiciones, la prueba trasladada no podrá apreciarse válidamente.

Este último punto es importante, porque con alguna frecuencia, se recurrió a la siguiente práctica: con el fin de “ahorrar” tiempo, simplemente se ponía de presente la copia de la declaración rendida en el despacho de origen y se le solicitaba al testigo su ratificación, y si mucho, se hacían algunas preguntas adicionales. Según el último inciso del artículo 229 del CPC, dicha práctica es contraria al debido proceso.

Ap

Actividad pedagógica 3

T

- Valor probatorio de la sentencia condenatoria proferida en proceso penal contra un agente del Estado. No necesariamente implica responsabilidad patrimonial de la administración.

Radicación número 63001-23-31-000-1997-04420-01(15088). Actor: Israel Cruz Rodríguez y otros. Demandado: Universidad del Quindío. Ver también Nota de Relatoría: Ver Exps. 9666 del 18 de septiembre de 1997 y 13247 de 2 de mayo de 2002.

C

- Se anexa a un proceso administrativo copia auténtica de la sentencia condenatoria proferida por un Juez o Jueza penal, en contra de un agente estatal. El Juez o Jueza analiza hasta qué punto dicha decisión condiciona el fallo en el proceso administrativo.

Pj

- ¿Cuál es el valor probatorio de la sentencia penal en un proceso contencioso administrativo?

Sj

- El Consejo de Estado ha indicado:

“[...] De otra parte, es necesario aclarar que la situación es diferente cuando se trata de la sentencia proferida dentro de un proceso penal. En efecto, la sentencia penal condenatoria tiene valor de cosa juzgada, en el proceso administrativo, en relación con la responsabilidad del agente estatal. Debe precisarse, sin embargo, que la responsabilidad penal del agente estatal no implica, necesariamente, la declaración de la responsabilidad patrimonial de la administración, ya que debe demostrarse que aquel actuó en desarrollo de un acto propio de sus funciones o que su actuación estuvo en nexo con el servicio público. [...]”¹²².

Co

- Es probable que *prima facie* ante la presencia de una sentencia penal condenatoria en contra de un agente estatal, la primera tendencia del Juez o Jueza sea la de acceder a las pretensiones y en consecuencia declarar la responsabilidad patrimonial de la administración. Sin embargo, esta primera inclinación se resuelve en la medida que los elementos propios de la responsabilidad administrativa estén plenamente probados.

Por otra parte, el Juez o Jueza administrativo debe examinar las copias de la sentencia y tener especial cuidado en exigir constancia de ejecutoria de la misma. Con frecuencia los litigantes olvidan este importante punto, y el Juez o Jueza debe estar atento desde el inicio del proceso.

¹²² Consejo de Estado, sent. del 21 de septiembre de 2000. Magistrado Ponente: Alíer Eduardo Hernández Enríquez. Radicación número 11766. Actor: José Epígenio López Gómez y otros.

Ap

Actividad pedagógica 4

TC

- Invalidez de las pruebas practicadas por la Policía Judicial sin tener competencia para ello.
- El Juez o Jueza administrativo al examinar un expediente por privación injusta de la libertad observó lo siguiente: Aunque ya se había abierto formalmente el sumario penal, la Policía Judicial, sin comisión previa del fiscal instructor, según la normativa vigente en la época, practicó varias pruebas tendientes a determinar quiénes fueron los autores del delito de tentativa de homicidio en contra del señor XX. Tales pruebas se anexaron al expediente penal, y la autoridad judicial con fundamento en aquellas, mantuvo la medida de aseguramiento. Dicha irregularidad probatoria solo fue detectada en la segunda instancia de la jurisdicción penal.

Pj

- ¿Ante el vicio de ilegalidad de las pruebas anexadas al proceso penal, el daño causado será imputable al DAS o a la administración de justicia?

Sj

- El Consejo de Estado consideró, en aquel caso, que el daño causado no se derivó directamente de la conducta de los agentes del DAS que recaudaron la prueba, sino de la errada valoración que de aquellas pruebas ilegales hicieron los funcionarios (as) judiciales perteneciente a la desaparecida jurisdicción regional. Por tanto, la imputación debía hacerse a la Jurisdicción Regional. Veamos el aparte pertinente de la sentencia:

“[...] La práctica de tales pruebas sin ninguna competencia constituyó una falla del servicio, falla que, sin embargo, quedó agotada en esa misma actuación, dado que la prolongación de sus efectos durante todo el proceso se produjo

como consecuencia de la errada valoración de tales pruebas por los funcionarios competentes en los distintos momentos procesales, quienes debieron rechazar tales pruebas y proferir sus decisiones con base en las demás que obraran en el proceso y que sí hubieran sido legalmente practicadas. En otros términos, si bien es cierto que las pruebas practicadas sin competencia por la Policía Judicial surtieron efectos durante todo el transcurso del proceso, ya que su ilegalidad solo fue advertida en la sentencia de segunda instancia, la prolongación de esos efectos no es atribuible a la entidad demandada sino a la jurisdicción regional, ya que fue por causa del error de los distintos funcionarios judiciales que conocieron el proceso en las etapas de la investigación y del juicio que se mantuvo la medida de aseguramiento con fundamento en unas pruebas practicadas con desconocimiento de la ley procesal. La Policía Judicial no tuvo ninguna participación en la dirección del proceso, por cuanto no adoptó ni participó en las decisiones mediante las cuales se ordenó la privación de la libertad del señor Echeverri Zambrano. Su participación en el proceso se limitó a practicar, sin competencia, unas pruebas y a ponerlas en conocimiento de la Fiscalía, entidad que de manera autónoma, sin advertir la ilegalidad de los medios probatorios, dictó las resoluciones mediante las cuales se resolvió la situación jurídica del procesado y la calificación del mérito del sumario; pruebas que luego fueron también valoradas por el juez de la causa, pasando igualmente por alto el vicio de ilegalidad que las afectaba. Vale la pena insistir en que a pesar de que la Policía Judicial obró sin competencia al practicar las pruebas, su actuación no fue la causa del error cometido por los funcionarios judiciales, como sí lo hubiera sido, por ejemplo, en el evento de haber puesto en las actas en las que se dejó constancia de la práctica de las pruebas, una fecha anterior a la de apertura de la investigación formal.[...]”¹²³.

Co

- Nótese que en este caso, según la jurisprudencia examinada, la relación de causalidad jurídica se fundamenta en el siguiente argumento: 1) Las autoridades judiciales tenían la obligación de observar la ilegalidad de las pruebas, y no lo hicieron. 2) Para el caso concreto no es relevante la práctica ilegal de las pruebas, sino la prolongación de los efectos nocivos de aquellas, porque fueron sucesivamente estimadas por las autoridades judiciales competentes y

¹²³ Consejo de Estado, Sección III. Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia del 20 de abril de 2005, radicación número 63001-23-31-000-1996-04130-01(14836). Actor: Joaquín Emilio Echeverri Zambrano y otros. Demandado: Nación, DAS.

sirvieron de fundamento para la medida de aseguramiento. En conclusión: la responsabilidad del daño causado por privación de la libertad es atribuible a la Jurisdicción Regional, vigente por aquellas calendas, y no al DAS, esta última la demandada.

En el análisis probatorio no es suficiente la relación de causalidad fáctica (práctica de la prueba ilegal). Debe examinarse también y muy especialmente la relación de causalidad jurídica derivada de la estimación de los funcionarios (as) judiciales de las pruebas ilegalmente recaudadas.

Ap

Actividad pedagógica 5

TC

- Prueba testimonial trasladada y mal ratificada, no puede ser apreciada por el Juez o Jueza.
- El Juez o Jueza administrativo para efectos de ratificar el testimonio que llegó a sus manos como prueba trasladada, por “economía procesal”, decide poner a disposición del testigo el acta en donde se encuentra la declaración que aquel había rendido ante el Juez o Jueza penal. Después de que el testigo reconoce el contenido de su declaración, el Juez o Jueza hace unas preguntas adicionales.

Pj

- ¿Puede el Juez o Jueza alterar lo ordenado en el inciso final del artículo 229 del CPC en aras de la economía procesal, para efectos de ratificar un testimonio?

Sj

- Ha dicho el Consejo de Estado lo siguiente:

“[...] Tampoco pueden tener validez procesal las diligencias de ratificación que adelantó directamente el Tribunal, pues se encuentra que ellas no cumplen con las condiciones señaladas en el artículo 229 del CPC, puesto que la diligencia de la ratificación exige repetir el interrogatorio en la forma establecida para el testimonio. El Tribunal no practicó en debida forma esas diligencias, pues simplemente se limitó a exhibir, a cada persona, el documento en donde consta la declaración que rindió ante notario, ante lo cual los declarantes manifestaron que se ratificaban de lo dicho en cuanto al contenido de la declaración que tuvieron a la vista. Por tal razón, esas diligencias carecen de validez y, además, porque esas pruebas, de conformidad con el artículo 146 del CPC, carecen de validez y eficacia frente al demandado, pues este no pudo controvertirlas, por cuanto fueron practicadas antes de la nulidad [...]”¹²⁴.

Co

- Con frecuencia el Juez o Jueza se encuentra tentado a practicar la ratificación de los testimonios, siguiendo el modelo que trae el caso. Al testigo se le pone de presente la declaración anterior, se le solicita la ratificación y cuando más, el Juez o Jueza formula dos o tres preguntas adicionales. Esta mala práctica debe corregirse por las siguientes razones: i) Si el testigo lee su declaración antes de rendir el nuevo testimonio, la tendencia natural es la hacer el relato en el mismo sentido; ii) se pierde la espontaneidad del relato; iii) se minimiza la posibilidad de versiones contradictorias del testigo, que tal vez sean decisivas para su credibilidad; iv) en general se viola el derecho de contradicción.

Es del caso advertir, que por el transcurso del tiempo, muy probablemente la versión del testigo tendrá variaciones, que el Juez o Jueza debe analizar para concluir si son imprecisiones por la natural pérdida de memoria, o si se trata de una versión sustancialmente diferente.

¹²⁴ C.E. Sección V. Ponente: Darío Quiñones Pinilla. Sent. del 21 de junio de 2002. Rad. N° 23001-23-31-000-2000-3495-01 (2874). Actor: Víctor de Jesús Gomero Oviedo. Demandado: Alcalde del Municipio de San Carlos. Ver también: Sent. 2718 del 14 de diciembre de 2001 y 2786 del 19 de abril de 2002; 2292 del 26 de octubre de 2000; 2422 del 14 de septiembre de 2000, Sección Quinta.

Ap

Actividad pedagógica 6

T

- Prueba testimonial trasladada que no ha sido ratificada, pero fue coadyuvada por las partes, o en las cuales se apoyan ambas partes, puede ser apreciada por el Juez o Jueza.

C

- El Juez o Jueza al momento de dictar sentencia encuentra que los testimonios trasladados del proceso penal, no fueron ratificados de conformidad con el artículo 229 del CPC. Sin embargo, observa que la demandada coadyuvó todas las pruebas solicitadas por el demandante. O en una variante del caso, se observa que las partes estructuran su argumentación en dichos testimonios.

Pj

- ¿Puede el Juez o Jueza apreciar una prueba testimonial trasladada, que no ha sido ratificada, porque las partes coadyuvaron las mismas pruebas, o incluso estructuran su argumentación en aquellas?

Sj

- El órgano límite de nuestra jurisdicción ha indicado:

“[...] Es necesario advertir que si bien los testimonios rendidos dentro de la investigación penal adelantada por la Justicia Penal, con ocasión de los hechos ocurridos el día 27 de diciembre de 1993, en los cuales resultó muerto el menor N.R.O.C., no fueron objeto de la ratificación exigida en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al proceso contencioso administrativo en razón de la remisión que en materia probatoria expresamente consagra el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo, de conformidad con el reiterado criterio fijado por la Sala sobre el particular, dichos testimonios pueden y deben ser válidamente apreciados, por cuanto fueron solicitados a petición de la parte demandante y la parte demandada coadyuvó las pruebas solicitadas por aquella. En consecuencia, en atención al principio de lealtad procesal y de las reglas elementales

de la lógica, en modo alguno podría sostenerse que los testimonios obrantes en el expediente penal cuya remisión solicitó la parte actora y cuyo aporte validó la entidad demandada en el acápite de pruebas del escrito de contestación, no pueden ser tenidos en cuenta, por cuanto ello equivaldría a que la parte pudiera escoger dentro de los distintos elementos probatorios, exclusivamente aquellos favorables a su pretensión, razón por la cual no asiste razón a la apelante cuando sostiene que solo debe darse valor probatorio a los testimonios recepcionados dentro del proceso contencioso y no aquellos rendidos ante la Fiscalía General de la Nación.[...]”¹²⁵.

El Consejo de Estado también precisó otra excepción a la regla general, cuando ambas partes apoyan su argumentación probatoria en los testimonios que han sido trasladados y no ratificados. Veamos:

“[...] No obstante el contenido de esta norma, la Sala, en aplicación del principio de lealtad procesal, ha reiterado que hay casos en los cuales sin ratificación del testimonio, el mismo puede y debe ser válidamente apreciado cuando es allegado a petición de una de las partes y la otra parte estructura su defensa con fundamento en aquel, o cuando las dos partes lo solicitan como prueba, una en la demanda y la otra en el escrito de contestación, siempre que sean allegados en copia auténtica, porque así lo dispone la norma general sobre prueba trasladada (art. 185 C.P.C). Y en relación con el traslado de documentos públicos o privados autenticados, estos pueden ser valorados en el proceso contencioso administrativo al cual son trasladados, siempre que se haya cumplido el trámite previsto en el artículo 289 del Código de Procedimiento Civil. Conforme a lo anterior, es claro que sin el cumplimiento de los requisitos precitados las pruebas documentales y testimoniales practicadas en otro proceso no pueden ser valoradas para adoptar la decisión de mérito.[...]”¹²⁶.



- Aquí observamos dos interesantes excepciones a la regla general, según la cual, la prueba testimonial trasladada no se puede apreciar si no ha sido ratificada en el proceso contencioso administrativo. El Juez o Jueza debe examinar

¹²⁵ C.E., Sección III. Ponente: Germán Rodríguez Villamizar. Sent. del 29 de julio de 2004. Radicación número 52001-23-31-000-1996-07296-01(14677). Actor: Raúl Ortiz y otros. Demandado: Nación, Mindefensa, Polinal.

¹²⁶ C.E. Sección III. Ponente: Germán Rodríguez Villamizar. Sent. del 21 de abril de 2004. Radicación número 19001-23-31-000-1995-02006-01(13607). Actor: Celso Narzrith Sandoval y otros. Demandado: Nación, Mindefensa.

cuidadosamente la petición de pruebas de las partes, y sobre todo los alegatos de las mismas (piezas estas últimas que se olvida consultar con frecuencia) antes de decidir si se valoran los testimonios trasladados y no ratificados.

De todas maneras, el Juez o Jueza como director del proceso debe estar atento a esta situación desde la etapa en que decreta las pruebas, para efectos de decidir, si es del caso, decretar de oficio la ratificación de los testimonios.

Ap

Actividad pedagógica 7

Casos de prueba anticipada

TC

- Prueba anticipada: Testimonio para fines judiciales.
- Se anexa a la demanda copia de un testimonio anticipado recibido por un juzgado civil municipal, sin que se hubiese afirmado que el testigo se encontraba gravemente enfermo y sin citación de la parte contraria. El peticionario, en su momento, sólo adujo que el testigo tenía una edad avanzada. El testigo exhibió una cédula con fecha de nacimiento que indicaba una edad cercana a los 90 años.

Al momento de examinar el expediente para dictar la sentencia, el Juez o Jueza estudia los alegatos de las partes: Una de ellas se apoya en dicha declaración porque tiene gran importancia para el caso. La otra sostiene que solo puede ser apreciada como prueba sumaria.

Pj

- ¿La prueba testimonial anticipada recaudada sin cumplir con los requisitos del CPC, podrá ser apreciada por el Juez o Jueza al momento de dictar sentencia?

N

- El artículo 298 del CPC indica que cuando se trate de testimonios anticipados para fines judiciales, aquellos deben reunir dos requisitos: 1) que el testigo esté gravemente enfermo. 2) que sea con citación de la parte contraria.

Sj

- En Consejo de Estado en un caso similar precisó lo siguiente: “[...] En relación con la prueba anticipada a que se hizo mención [...] Dicha solicitud, como se ve, no cumplió con los requisitos previstos en el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil pues, de una parte, no se anunció en la solicitud que se trataba de personas “gravemente enfermas”, cuestión que además se descarta porque en el acta de la declaración no se dejó constancia al respecto; y, de otra, tampoco se hizo con citación de la parte contraria, ni se informó el lugar donde podía citarse, ni manifestó que la ignoraba [...]. Por lo demás, se trataba de testimonios que por esas mismas circunstancias no podían ratificarse, en este proceso contencioso administrativo, según lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 229 del Código de Procedimiento Civil [...]”¹²⁷.

Co

- En el caso no se podrá apreciar la prueba testimonial por parte del Juez o Jueza, ni siquiera como prueba sumaria, porque el inciso final del artículo 228 del CPC es categórico al indicar que los testimonios que se reciban con violación de los requisitos antes señalados carecen de validez.

La duda que pueda surgir respecto de la edad del testigo, en el caso concreto, no tiene relevancia porque no se citó a la parte contraria. Faltando dicho requisito se debe atender el inciso final del artículo 298 del CPC.

Sin embargo, en una variante, si se presenta un caso, en donde se invoque la edad avanzada del testigo, y además se cite a la parte contraria, es posible que el Juez o Jueza sí aprecie la prueba. El tratadista Jairo Parra Quijano¹²⁸ considera que la edad avanzada puede ser motivo suficiente para solicitar la prueba testimonial

¹²⁷ Sent. del 28 de julio de 2005. M.P. María Elena Giraldo Gómez. Radicación número 27001-23-31-000-1992-01758-01(14998). Actor: Rubén Mosquera Hurtado y otros. Demandado: Nación, Ministerio de Educación.

¹²⁸ Parra Quijano, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Bogotá, Librería Profesional, 1994. Pp.151-152.

anticipada, porque podría interpretarse como una enfermedad grave. Otra razón: si se trata de hechos de los cuales solo pueden declarar personas de edad avanzada o se trata del único testigo sobreviviente.

Al momento de examinar los anexos de la demanda o de la contestación de la misma, cuando se allegue prueba testimonial anticipada, se debe mirar en detalle si cumple con los requisitos señalados en la ley. Si la prueba anticipada que se anexa, no cumple con los requisitos de ley, podría ordenarse el retiro de la misma, o decretar la nulidad de la prueba arimada, tal como lo sostiene Jairo Parra Quijano¹²⁹.

Si se trata de un testimonio de gran importancia para esclarecer la verdad de lo debatido, también podría pensarse en recibir nuevamente el testimonio, bien porque alguna de las partes lo solicita o porque se decrete de oficio.

Ap

Actividad pedagógica 8

T
C

- Prueba ante notario.
- El abogado solicita que se decrete la ratificación de una declaración que rindió el testigo XX en una Notaría. El Juez o Jueza duda si es legalmente posible.

Pj

- ¿Podrá decretarse la ratificación de una declaración rendida ante un Notario?

¹²⁹ Parra Quijano. Op. cit. P. 157. Dice el tratadista: “[...] el artículo 301 del CPC, ordena que las pruebas anticipadas se sujetan a las reglas establecidas para cada una de ellas en el curso del proceso. De omitirse cualquiera de los requisitos señalados en la Ley para la existencia y validez de la prueba, esta será nula y el juez podrá declarar este vicio en el proceso en que se aduzca (artículo 29 de la Constitución Nacional—último inciso—). Si así ocurre, es posible recibir nuevamente los testimonios, pero se les restará eficacia si, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, han perdido espontaneidad [...]”.

N

- El artículo 229 del CPC contiene las subreglas para efectos de la ratificación de testimonios. En el caso específico nos interesa resaltar el numeral segundo, que indica lo siguiente: “[...] Solo podrán ratificarse en un proceso las declaraciones de testigos: [...] 2. Cuando se hayan recibido fuera del proceso en los casos y con los requisitos previstos en los artículos 298 y 299. [...]”.

Por su parte el artículo 299 del CPC, nos indica que los testimonios ante notarios y alcaldes, para fines no judiciales, se rendirán exclusivamente ante aquellos. Por otro lado, cuando se trate de casos, en que se busquen fines judiciales y no se pida la citación de la parte contraria, el peticionario afirmará bajo juramento, que se considera prestado con la presentación del escrito, que solo están destinados a servir de prueba sumaria en determinado asunto para el cual la ley autoriza esta clase de prueba, y solo tendrán valor para dicho fin.

Sj

- El Consejo de Estado nos ilustra así:

“[...] Por otra parte, el trámite de las declaraciones ante notario o ante autoridad que no esté investida de funciones judiciales está regulado en el artículo 299 del CPC, trámite que se hace o con fines no judiciales o con fines judiciales, pero las mismas están únicamente destinadas a servir como prueba sumaria, lo cual no es del caso. Por estas circunstancias no puede tenerse en cuenta dichos testimonios. Por lo demás, se trataba de testimonios que por esas mismas circunstancias no podían ratificarse, en este proceso contencioso administrativo, según lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 229 del Código de Procedimiento Civil [...]”¹³⁰.

Co

- Una lectura ligera de las normas citadas podría conducir al error, y el Juez o Jueza caería en la trampa de decretar la ratificación del testimonio.

¹³⁰ C.E., Sección Tercera. Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Sent. del 28 de julio de 2005. Radicación número 27001-23-31-000-1992-01758-01(14998). Actor: Rubén Mosquera Hurtado y otros. Demandado: Nación, Mineducación.

El caso es interesante porque nos advierte que el artículo 299 del CPC es preciso al indicar que cuando no se pide la citación de la parte contraria, bajo la gravedad del juramento se afirmará que dicho testimonio únicamente estará destinado a servir de prueba sumaria en determinado asunto legal, y solo tendrán valor para dicho fin. Recalcamos la última frase: “solo tendrá valor para dicho fin”.

Lo anterior significa en otras palabras, que si el fin es exclusivamente el de servir de prueba sumaria, la ratificación resulta inútil.

UNIDAD 19

LA CARGA DE LA PRUEBA, CAUSA PROBABLE, PRESUNCIONES JUDICIALES, SEGUNDA INSTANCIA Y OTROS

Por William Hernández Gómez

Oe

- El análisis práctico de la carga de la prueba, causa probable, presunciones judiciales en el proceso contencioso administrativo.
- Destacar las subreglas jurisprudenciales desarrolladas por el Consejo de Estado en relación con la carga de la prueba, causa probable, presunciones judiciales, etc.
- Desarrollar habilidades en el discente para identificar problemas jurídicos derivados de la carga de la prueba, causa probable, presunciones judiciales, etc.
- Hacer recomendaciones prácticas desde la perspectiva del Juez o Jueza director del proceso contencioso administrativo.

ENSAYO. CONCEPTOS CLAVE

19.1. PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD

El Juez o Jueza administrativo debe conocer la evolución de los criterios probatorios que ha desarrollado el Consejo de Estado en relación con la

responsabilidad derivada de la prestación de servicios de salud¹³¹. En particular, se debe advertir la existencia de dos niveles diferentes de la problemática. Por un lado, el subsistema administrativo que brinda el apoyo logístico. Y por otro lado, el acto médico propiamente dicho.

Aunque parezca elemental la distinción, con cierta frecuencia se observa que el demandante confunde los citados niveles problemáticos. Ello genera confusión o imprecisión probatoria, porque pretende buscar la relación de causalidad en el acto médico, el cual, en muchos casos, se ha ajustado a los protocolos. Pierde el norte, y olvida probar la falla del servicio materializada en la omisión, negligencia o falta de oportunidad derivada de un deficiente apoyo administrativo del acto médico. Por ejemplo, aunque el personal médico ha dado las órdenes correspondiente, y de ello hay constancias en la historia clínica, el subsistema administrativo retarda o aplaza la cita; no fija fecha para la cirugía; no autoriza la prueba diagnóstica, o lo hace tardíamente; no entrega la droga o no se practica la terapia, etc.

Por tanto, el Juez o Jueza debe estar atento a la teoría del caso que presenta el demandante, para efectos de visualizar la orientación probatoria propuesta, y según el buen criterio del Juez o Jueza, si fuere el caso, dirigir la prueba para que sea realmente útil. Veamos el esquema:

¹³¹ C.E. Sec. III. Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia del 11 de mayo de 2006. Radicación número 68001-23-15-000-1995-00935-01(14400). Actor: Lino Antonio Amórtégui Guzmán y otros. Demandado: Nación, Mindefensa.

Ver también, C.E. Sentencia del 30 de julio de 1992, Expediente 6897. Actor: Gustavo Eduardo Ramírez. Sentencia del 14 de diciembre de 2004; Expediente: 12.830. Actor: Libardo Garcés y/o. M.P: Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia del 10 de febrero de 2000, Expediente 11.878. Sentencia del 1º de julio de 2004, Expediente 14696. MP: Alier E. Hernández E. Sentencia del 13 de julio de 2005, Expediente 13.542 (R-1243). Actor: Angela Patricia Gómez y/o; M.P.: Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia de 14 de junio de 2001. Expediente 11.901.

| Hasta 1992 | Después del año 1992 | | Después del año 2000 |
|--|--|--|---|
| Falla probada (plena) | Falla probada (restringida a lo administrativo) | Falla del servicio presunta (carga dinámica pero solo respecto del acto médico) | Carga dinámica de la prueba (plena) |
| Se aplicó el régimen de la falla probada, lo cual implica que el demandante debe probar: i) la falla; ii) el daño, y iii) nexo causal. El régimen se aplicó en los dos niveles de la problemática, a saber: 1. Al evaluar las deficiencias de funcionamiento administrativo, o logístico de los servicios médicos. 2. Al evaluar el acto médico propiamente dicho. | El régimen de falla probada sólo se aplicó al evaluar las deficiencias de funcionamiento administrativo, o logístico de los servicios médicos. De allí en adelante, al examinar tales deficiencias, el demandante es quien debe probarlas. Precedentes en: Sent. del 24 de octubre de 1990, Exp. 5902. Sent. del 30 de julio de 1992, en el Exp. 6897, en donde se precisó la aplicación de la falla presunta. | Después del año 1992, se aplicó la falla en el servicio presunta, para evaluar el acto médico propiamente dicho. El demandante sólo tiene que probar el daño y el nexo causal. La demandada puede exonerarse: 1. Si acredita actuación oportuna, prudente, diligente, con pericia. 2. O rompe el nexo causal (fuerza mayor; culpa exclusiva de la víctima o el hecho exclusivo y determinante de un tercero). | En sentencia del 10 de febrero de 2000, Expediente 11.878, el Consejo de Estado morigeró su posición. El sesgo desvirtuaba el fundamento de la carga dinámica, porque pueden existir casos en los cuales el paciente o demandante están en mejores condiciones para probarlos. De todas maneras el nexo causal debe estar acreditado, (probado, o por lo menos inferido) porque no se presume. El nexo causal admite prueba indiciaria (casi siempre por la dificultad probatoria). Allí tiene fundamento la causa probable del daño. |

Nota: Es pertinente advertir que el esquema evolutivo visto se apoya en sentencia del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Ramiro Saavedra Becerra, de fecha 11 de mayo de 2006. Radicación número 68001-23-15-000-1995-00935-01(14400). Actor: Lino Antonio Amórtegui Guzmán y otros. Demandado: Nación, Mindefensa.

En el año 2000, con ponencia de la Magistrada María Elena Giraldo, el Consejo de Estado hace un esquema evolutivo, con algunas diferencias, porque insiste en que después de 1992, el régimen de responsabilidad médica siempre ha sido el de falla presunta. Veamos un aparte que muestra la diferencia:

“[...] Esta Corporación, en cuanto al régimen de responsabilidad patrimonial del Estado en la prestación del servicio médico ha recurrido a la aplicación, en una primera etapa, al de falla probada en las obligaciones de medio. En la segunda etapa, la jurisprudencia varió para analizar la responsabilidad del Estado en dicha prestación, bajo el régimen de responsabilidad por falla presunta; han sido bastantes los pronunciamientos en ese sentido. Esa variación se manifestó, en forma ocasional, en la sentencia proferida el 24 de octubre de 1990, Exp. 5902. Luego al dictarse otro fallo, el día 30 de julio de 1992, en el Exp. 6897, se precisó el criterio de falla presunta y a partir de esta fecha el régimen que se aplicó, en la materia vista, fue el de responsabilidad por falla presunta. En la actualidad esa jurisprudencia sigue vigente aunque pareciere que se hubiere variado, parcialmente, como consecuencia del pronunciamiento, reciente, del día 11 de noviembre de 1999, Exp. 12165, por hechos concernientes a la responsabilidad patrimonial del Estado, por falencias de un Centro Hospitalario con ocasión de la caída de un bebé (de una camilla). En este caso no se presumió la falla porque esta se probó. Estima la Sala, unánimemente, que dicha referencia textual, en forma aislada, sobre toda la posición jurisprudencial no significa, realmente, la variación de la anterior posición, por la circunstancia que se anotará. En ese caso se quiso diferenciar el régimen colombiano con el francés respecto de “los hechos referentes a la organización y funcionamiento del servicio”; y aunque el texto de la sentencia quedó así, lo cierto es que las indicaciones sobre la aplicabilidad del régimen de falla probada frente a esos hechos concernían a la jurisprudencia francesa y no a la colombiana. En nuestra jurisprudencia el régimen de responsabilidad patrimonial desde 1992 por hechos ocurridos con ocasión de actividades médicas, sin diferenciar, es y ha sido “el de falla presunta”. Como en el caso concreto se probó la falla no se acudirá a la aplicación del régimen de falla presunta. [...]”¹³².

En resumen: cuando el Juez o Jueza examine asuntos relacionados con responsabilidad médica se podrá guiar por los siguientes comentarios generales¹³³:

¹³² C.E., Sec. III. Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Sentencia del 15 de junio de 2000. Radicación número: 12548. Actor: María Isabel Montoya de Carmona y otros. Demandado: La Nación, Minsalud.

¹³³ C.E., Sección III. Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Sent. del 28 de abril de 2005. Radicación número: 47001-23-31-000-1995-04164-01(14786). Actor: Dalila Duica de Pereira y otros. Demandado: Depto. Magdalena, Hospital Central Julio Méndez Barreneche. Ver también C.E., Sent. del 22 de abril de 2004, exp: 14.212.

Corresponderá al demandante probar la falla del servicio, salvo en los eventos en los cuales le resulte “excesivamente difícil o prácticamente imposible” hacerlo. Corresponde al demandante aportar la prueba de la relación de causalidad, la cual podrá acreditarse mediante indicios en los eventos en los cuales le “resulte muy difícil –si no imposible– la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar.

En la valoración de los indicios tendrá especial relevancia la conducta de la parte demandada, sin que haya lugar a exigirle en todos los casos que demuestre cuál fue la causa real del daño.

La valoración de esos indicios deberá ser muy cuidadosa, pues no puede perderse de vista que los procedimientos médicos se realizan sobre personas que presentan alteraciones en su salud.

Primero se hace el análisis de la relación causal y luego se examina la falla del servicio.

Principales diferencias entre el régimen de la falla presunta y la carga dinámica de la prueba¹³⁴.

El Juez o Jueza debe distinguir el régimen de la falla presunta, de la carga dinámica de la prueba. El cuadro siguiente resume las principales diferencias. Veamos:

| Carga dinámica de la prueba | Falla presunta |
|--|--|
| Inversión de la carga opcional: El Juez o Jueza decide si es pertinente la inversión de la carga de la prueba para el caso concreto. | Inversión de la carga necesaria: La inversión del deber probatorio se presenta como consecuencia necesaria de la aplicación de la falla presunta. |
| No requiere invocación previa: El Juez o Jueza le impone la carga a la parte que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo, aun cuando no se haya alegado o invocado. | Delimitación jurisprudencial: La jurisprudencia ha delimitado, con relativa precisión, el marco en el cual se aplica. El demandado sabe a qué se atiene desde el inicio del litigio y debe desvirtuar la presunción. |

¹³⁴ C.E., Sec. III. Sent. 12338, mayo 3/2001. M.P. Alíer Hernández Enríquez.

| Carga dinámica de la prueba | Falla presunta |
|--|--|
| Conocimientos muy puntuales: i) Sólo en casos que impliquen conocimiento técnicos o científicos muy puntuales. ii) Cuando solo una de las partes tiene el privilegio de manejarlos. Exige una mayor carga argumentativa del Juez o Jueza | Depende de la naturaleza de la actividad potencialmente dañosa: Aplicada al acto médico propiamente dicho. |

Nota: Es importante advertir que los regímenes, *prima facie*, son guías argumentativas que facilitan y hacen explícitas las razones del Juez o Jueza administrativo, pero no son una “camisa de fuerza”. Podría suceder que utilizando diferentes caminos argumentativos se llegue a la misma conclusión y con igual solidez.

AUTOEVALUACIÓN

Ae

Esta Autoevaluación será útil para medir sus conocimientos respecto de las subreglas desarrolladas por la jurisprudencia del Consejo de Estado. Le sugerimos que responda las preguntas antes de analizar los casos, y saque sus conclusiones. Después de estudiar las guías prácticas de los casos típicos, de nuevo responda las preguntas, para así afianzar los conocimientos adquiridos.

1. ¿Podrá inferirse una causa probable para efectos de declarar la responsabilidad médica?
2. ¿Debe recurrir a la teoría de la causa probable, o debe hacer un análisis argumentativo a partir de la prueba indiciaria para establecer el nexo causal?
3. ¿En el régimen de falla presunta de servicio, se presume el nexo de causalidad? ¿Si está probado el nexo de causalidad, de allí se deriva la culpa? ¿Si está probada la culpa, de allí se deduce el nexo de causalidad? ¿Podrá aplicarse la carga dinámica de la prueba?

Ae

4. ¿Puede el Juez o Jueza, en casos concretos, abandonar la argumentación probatoria que le ofrece el régimen de responsabilidad por falla presunta en la prestación de servicios médicos?
5. ¿Cuándo hay morosidad en un tratamiento médico el análisis probatorio girará entorno a la patología que causó la pérdida de la visión, o se centrará en la falla en el servicio por la pérdida de oportunidad?
6. ¿Son suficientes las declaraciones generales y la habitación bajo un mismo techo para dar por probado el perjuicio moral ocasionado al demandante que se presenta como tercero (sobrino)?
7. ¿Respecto de los hermanos menores y mayores de edad se presume el dolor en igual medida?
8. ¿Se puede presumir el perjuicio moral cuando se trata de un hermano medio, o extramatrimonial?
9. ¿Qué pruebas deben exigirse en los casos donde sea procedente aplicar la responsabilidad objetiva?
10. ¿Necesariamente debe probarse la identidad del homicida de un interno en un centro hospitalario para declarar la responsabilidad administrativa del ente estatal? ¿Podrá aceptarse la tesis de culpa exclusiva de un tercero?
11. ¿Corresponde al actor probar la injusticia, ilegalidad o irrazonabilidad de la medida de aseguramiento, cuando pretende la declaratoria de responsabilidad del Estado por fuera de los casos que contemplaba el art. 414 del C. de P. P.?
12. ¿Cuáles son los limitantes existentes en segunda instancia para decretar pruebas de oficio?
13. ¿Cuándo se trata de llamar en garantía a un agente estatal es necesaria la prueba sumaria?

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Actividad pedagógica 1

GUÍAS PROCESALES DE CASOS TÍPICOS

A

A continuación el participante encontrará una serie de actividades que con su desarrollo le permitirá afianzar los aprendizajes sobre la unidad. Por favor despeje las siguientes cuestiones:

T
C

- La inferencia de la causa probable en responsabilidad médica.
- Un menor con problemas sensitivos en sus extremidades inferiores ingresa al Instituto Nacional de Cancerología para efectos de practicar una biopsia. Cuando ingresó a dicho Instituto se movilizaba por sí mismo, pero después de dicho procedimiento médico no volvió a caminar. El Juez o Jueza administrativo examina la prueba y tiene dudas sobre la causa probable.

P
S

- ¿Podrá inferirse una causa probable para efectos de declarar la responsabilidad médica?
- Veamos unos apartes de la sentencia que resolvió el asunto:

“[...] En el caso concreto la falla del Instituto demandado está probada. Dicha falla consistió en omitir la práctica de exámenes de laboratorio previos, los cuales hubieran brindado a los médicos una mejor información acerca del tipo de lesión que presentaba la menor y por consiguiente, la realización de procedimientos diferentes a la biopsia, cuya práctica no estaba indicada en el caso concreto y que generó el daño cuya indemnización se reclama. En conclusión, no existe certeza en el sentido de que la paraplejía sufrida por M.S.J. haya tenido por causa la práctica

de la biopsia. No obstante, debe tenerse en cuenta que aunque la menor presentaba problemas sensitivos en sus extremidades inferiores antes de ingresar al Instituto Nacional de Cancerología, se movilizaba por sí misma y que después de dicha intervención no volvió a caminar. Esto significa que existe una alta probabilidad de que la causa de la invalidez de la menor sea la falla de la entidad demandada. Probabilidad que además fue reconocida por los médicos de la entidad demandada. En consideración al grado de dificultad que representa para el actor la prueba de la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño en los casos en que esté comprometida la responsabilidad profesional, no solo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación causal, se afirma que cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en esta materia ‘el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia’, es decir, que la relación de causalidad queda probada ‘cuando los elementos de juicio suministrados conducen a un grado suficiente de probabilidad’”. Ahora bien, es cierto que no existe certeza en cuanto a que de no haberse producido la práctica de la biopsia la menor no hubiera quedado inválida, pero sí es cierto que la intervención le restó la oportunidad de aliviar o al menos mejorar su situación física sin padecer el estado de invalidez que sufre y por esta razón la entidad demandada deberá indemnizar al actor los daños sufridos con ocasión de la paraplejía de su hija, derivada de la falla médica. [...]”¹³⁵.

En otro caso similar el Consejo de Estado enfatizó:

“[...] Las dificultades que ofrece para el demandante la demostración de la falla del servicio, se han hecho respecto de la prueba de la relación de causalidad existente entre el hecho de la entidad demandada y el daño del cual resultan los perjuicios cuya indemnización se reclama. En efecto, también en ello están involucrados elementos de carácter científico, cuya comprensión y demostración resulta, en ocasiones, muy difícil para el actor. En sentencia del 3 de mayo de 1999, esta Sala manifestó: En consideración al grado de dificultad que representa para el actor la prueba de la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño en los casos en que esté comprometida la responsabilidad profesional, no solo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos

¹³⁵ C.E., Sección III, Sentencia del 3 de mayo de 1999. Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Radicación número 11169. Actor: Vicente Segundo Sierra Pérez. Demandado: Instituto Nacional de Cancerología.

que prueben dicha relación causal, se afirma que cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en esa materia ‘el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia’. es decir, que la relación de causalidad queda probada ‘cuando los elementos de juicio suministrados conducen a un grado suficiente de probabilidad’. Al respecto ha dicho la doctrina: En términos generales, y en relación con el ‘grado de probabilidad preponderante’, puede admitirse que el juez no considere como probado un hecho más que cuando está convencido de su realidad. En efecto, un acontecimiento puede ser la causa cierta, probable o simplemente posible de un determinado resultado. El juez puede fundar su decisión sobre los hechos que, aun sin estar establecidos de manera irrefutable, aparecen como los más verosímiles, es decir, los que presentan un grado de probabilidad predominante. No basta que un hecho pueda ser considerado sólo como una hipótesis posible. Entre los elementos de hecho alegados, el juez debe tener en cuenta los que le parecen más probables. Esto significa sobre todo que quien hace valer su derecho fundándose en la relación de causalidad natural entre un suceso y un daño, no está obligado a demostrar esa relación con exactitud científica. Basta con que el juez, en el caso en que por la naturaleza de las cosas no cabe la prueba directa, llegue a la convicción de que existe una ‘probabilidad’ determinante [...]”¹³⁶.



- El Consejo de Estado ha desarrollado la tesis jurisprudencial de la causa probable, que resulta de gran utilidad cuando se trata de casos como el aquí analizado.

Ya lo habíamos señalado en un comentario anterior en donde se resaltó que a la luz de la ciencia una relación de causalidad requiere una asociación invariable entre dos fenómenos, que solo es posible encontrar en las ciencias naturales, y solo referido a ciertos y determinados fenómenos naturales.

En el caso de la ciencia médica, por obvias razones, las complejas variables que implica un organismo vivo, implican una enorme dificultad etiológica, de allí que no siempre se tiene certeza sobre la causa última o definitiva de la enfermedad, y en muchos casos de la muerte. Son muchos los factores desencadenantes que deben evaluarse y ninguno de ellos puede descartarse a priori.

¹³⁶ C.E., Sec. III. Ponente: Alier E. Hernández Enríquez. Sent. del 1º de julio de 2004. Radicación número 08001-23-31-000-1993-7649-01(14696). Actor: Carmen Sofía Jaimes de Mendoza. Demandado: ISS.

Ahora bien, cuando se trata de las ciencias sociales las causas pueden ser tantas y tan variadas, que la causalidad debemos observarla como un conjunto de variables que hemos llamado “contexto causal”. Es casi imposible concluir cuál de aquellas variables fue la determinante o definitiva. Tal vez podemos destacar a una o dos de aquellas causas, que en realidad es el resultado de un conjunto de condiciones previas. Son las teorías sociales las que desde una óptica o esquema privilegian ciertas causas (lucha de clases, razas, educación, alimentación, etc.) Y desde luego, por ser teorías, como tales, son susceptibles de rebatir y superar.

Es importante advertir que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que la mera generación del riesgo en forma aislada necesariamente no puede llevar a la declaratoria de responsabilidad, pues si la entidad demuestra que el daño se presentó por culpa única y exclusiva de la víctima o por cualquier otra “causa extraña” –como la fuerza mayor o el hecho exclusivo de un tercero– no procede la imputación de responsabilidad contra la entidad demandada¹³⁷.

Ap

Actividad pedagógica 2

TC

- Prueba indiciaria del nexo causal para determinar la responsabilidad médica.
- El Juez o Jueza examina varios hechos probados relacionados con la falla del servicio médico asistencial: i) la paciente presentó síntomas de infección; ii) los exámenes de sangre así lo confirmaron; iii) la demandada no practicó exámenes de diagnóstico para detectar la causa de la infección; iv) no hubo una adecuada valoración médica de la paciente, que permitiera el correcto diagnóstico y tratamiento de su dolencia; v) no suministraron a la paciente medicamentos para tratar la enfermedad que causaba la infección; vi) la paciente falleció a causa de la infección que presentaba en

¹³⁷ C.E., Sec. III. Sent. Exp. 11.365, oct. 4/2001. M.P. Germán Rodríguez Villamizar. Sentencia del 4 de mayo de 1998, expediente 11.044. También ver Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 30 de enero de 2001, Exp. 5507.

sus pulmones. A partir de tales hechos trata de argumentar la existencia del nexo causal.

Pj

- ¿Debe recurrir a la teoría de la causa probable, o debe hacer un análisis argumentativo a partir de la prueba indiciaria para establecer el nexo causal?

Sj

- El Consejo de Estado nos ilustra así:

“[...] Por otra parte, la Sala considera que en el presente caso, obran indicios suficientes que permiten deducir que el deceso de la señora M. se produjo como consecuencia de la falla del servicio en que incurrió la entidad demandada (...). Todo lo anterior, a juicio de la Sala, permite inferir la existencia del nexo causal, por cuanto conduce a la conclusión de que el daño antijurídico por el cual se reclama en el presente proceso, derivado de la muerte de la señora T.L., efectivamente se produjo como consecuencia de la falla del servicio en que incurrió la entidad demandada, toda vez que tal y como quedó expuesto, se probó en el plenario: Que la paciente presentó síntomas de infección, lo que se deduce de la fiebre que presentaba y de los exámenes de sangre que así lo indicaron. Que la demandada omitió la práctica oportuna de exámenes de diagnóstico para detectar la causa de la infección. Que no hubo, en consecuencia, una adecuada valoración médica de la paciente, que permitiera el correcto diagnóstico y tratamiento de su dolencia. Que no se le suministraron a la paciente medicamentos para tratar la enfermedad que causaba la infección. Que finalmente, la paciente falleció a causa de la infección que presentaba en sus pulmones. Con fundamento en lo anterior, la Sala concluye que las fallas en que incurrió la entidad demandada, impidieron el diagnóstico oportuno y adecuado de la enfermedad que sufría la paciente, lo que a su vez impidió su tratamiento eficaz; y fue ello precisamente lo que condujo a su muerte, por una infección aguda del parénquima pulmonar, es decir, por bronconeumonía aguda bilateral, como lo dictaminó Medicina Legal. En consecuencia, acreditado el daño antijurídico, la falla del servicio y el nexo causal entre aquel y esta, resulta evidente la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada, por lo que la Sala procederá a analizar los perjuicios que hay lugar a reconocer a favor de los demandantes. [...]”¹³⁸.

¹³⁸ C.E., Sec. III. Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia del 11 de mayo de 2006. Radicación número 68001-23-15-000-1995-00935-01(14400). Actor: Lino Antonio Amórtegui Guzmán y otros. Demandando: Nación, Mindefensa.

Co

- Nótese que en este caso no se recurre a la causa probable, porque en el expediente obran suficientes indicadores (debidamente probados), para construir a partir de aquellos una prueba indiciaria bastante sólida, que tiene su mayor sustento científico en la experticia de medicina legal. De allí que la argumentación de la prueba se centra en precisar los hechos probados y la inferencia que permite concluir el nexo causal.

Solo se recurre a la teoría de la causa probable, cuando no hay suficientes indicadores, como ocurre con el caso del menor al cual se le practicó la biopsia, visto más atrás. En tal eventualidad, los argumentos se centran en reflexiones más generales, bajo el amparo de los conocimientos médicos, leyes de la naturaleza, o juicios de proporcionalidad o razonabilidad pertinentes.

Recuérdese los argumentos del Consejo de Estado que justifican recurrir a la causa probable: “[...] la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación causal, [...] cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en esta materia “el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia”, es decir, que la relación de causalidad queda probada “cuando los elementos de juicio suministrados conducen a ‘un grado suficiente de probabilidad’[...]”¹³⁹.

Por obvias razones, el Juez o Jueza administrativo tiene una carga argumentativa muy delicada cuando recurre a la causa probable. No son suficientes las afirmaciones, hay que precisar las razones explicativas y justificativas del caso.

Ap

Actividad pedagógica 3

T

- El nexo de causalidad debe probarse, no se presume. No se aplica la carga probatoria dinámica. Podrá probarse con

¹³⁹ C.E., Sección III, sentencia del 3 de mayo de 1999. Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Radicación número 11169. Actor: Vicente Segundo Sierra Pérez. Demandado: Instituto Nacional de Cancerología. Ver también C.E., Sec. III, sentencia del 7 de octubre de 1999, Exp. 12655 sobre la relación compleja en materia de prestación de servicios médicos y medicina grupal.

indicios. La prueba de la causalidad a veces cobija la culpa. Pero la prueba de la culpa no comporta la causalidad.

C

- En el escrito de alegatos la parte demandante sostiene que el nexo causal se presume en los asuntos por responsabilidad médica, porque se aplica la “falla presunta”. En caso extremo se recurre a la carga dinámica de la prueba. Por otra parte, alega, que si está probado el nexo de causalidad, automáticamente cobija la culpa, aunque reconoce que la prueba de la culpa no comporta la de la causalidad.

Pj

- ¿En el régimen de falla de servicio presunta, se presume el nexo de causalidad? ¿Si está probado el nexo de causalidad, de allí se deriva la culpa? ¿Si está probada la culpa, de allí se deduce el nexo de causalidad? ¿Podrá aplicarse la carga dinámica de la prueba?

Sj

- El órgano límite de nuestra jurisdicción precisa lo siguiente:

“[...] Esa es por lo demás la orientación doctrinal, que en esta ocasión la Sala hace suya, del autor Roberto Vásquez Ferreira en su libro de Daños y Perjuicios en el ejercicio de la medicina: ‘De todas formas, y no obstante lo expuesto hasta ahora, cabe asentar que la doctrina y la jurisprudencia en los últimos tiempos, con sensibilidad y sentido de justicia muy plausibles, tienden a aligerar la prueba de la interconexión entre el hecho —o factor eficiente como lo llama Bustamante Alsina— y el daño. Si el médico actuó asistiendo al paciente y este experimentó un resultado dañoso, ha de concluirse, en principio, desde luego, que existe imputación material; y el facultativo tendrá que hacer patente que ese resultado obedece a una causa ajena. La Sala desea precisar que el acogimiento de tal orientación no comporta el establecimiento, por vía general, de una presunción de causalidad, sino tan sólo, de un aligeramiento ante verdaderos casos de dificultad probatoria, sin que de allí pueda concluirse, que la causalidad no le incumba probarla a quien aduce su existencia, que es la víctima, por regla general. Por último, la Sala no pasa por alto que, si bien es cierto, la prueba de la causalidad absorbe muchas veces la del elemento culpa, el cual adviene acreditado con la prueba de aquel, no es menos cierto que, la prueba de la culpa no comporta la de la causalidad; ambas nociones

difieren en su contenido y desempeñan una función bien diferente. Lo que interesa para los efectos de resarcimiento y, naturalmente, de la estructuración de la responsabilidad es, ante todo, la posibilidad de imputación o reconducción del evento dañoso al patrimonio de quien se califica preliminarmente de responsable; esto ha de aparecer acreditado cabalmente, para no descender inoficiosamente al análisis culpabilístico, que en esta materia cumple la función primordial de abrirle paso a la exoneración o, eventualmente, a la atenuación de responsabilidad. La atenuación en el entendimiento que el daño puede haber sido causado por el médico pero frente al cual este puede exonerarse cuando acredita diligencia y cuidado; la carga probatoria, las más de las veces, la soporta el galeno. [...]”¹⁴⁰.

También ha dicho el Consejo de Estado, que tratándose de nexo causal, tampoco se aplica el principio de las cargas probatorias dinámicas, cuando más, se acepta la prueba indiciaria.

“[...] Tratándose de la relación de causalidad, no se plantea la inversión —ni siquiera eventual— del deber probatorio, que sigue estando, en todos los casos, en cabeza del demandante. No se encuentra razón suficiente para aplicar, en tales situaciones, el citado principio de las cargas probatorias dinámicas. Se acepta, sin embargo, que la demostración de la causalidad se realice de manera indiciaria, siempre que, dadas las circunstancias del caso, resulte muy difícil —si no imposible— para el demandante, la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar. [...]”¹⁴¹.

C

- Ha señalado el Consejero Enrique Gil Botero que antes del artículo 90 de la Constitución Política de 1991, el examen de la responsabilidad patrimonial del Estado tenía la siguiente secuencia: hecho-culpa-relación de causalidad-daño. Después del año 91, el estudio de la responsabilidad patrimonial empieza por el examen del daño antijurídico, luego se pasa a explorar la imputación, que puede ser objetiva, o subjetiva (dolo o culpa)¹⁴².

¹⁴⁰ C.E. Secc. III. Ponente María Elena Giraldo Gómez. Sent. del 15 de junio de 2000. Radicación número 12548. Actor: María Isabel Montoya de Carmona y otros. Demandado: La Nación, Minsalud.

¹⁴¹ C.E., Sec. III. Ponente: Alier E. Hernández Enríquez. Sent. del 1º de julio de 2004. Radicación número: 08001-23-31-000-1993-7649-01 (14696). Actor: Carmen Sofía Jaimes de Mendoza. Demandado: ISS. C.E. ver también expediente 12.655 y Sentencia del 22 de marzo de 2001, expediente 13.284.

¹⁴² Gil Botero, Enrique. Temas de responsabilidad extracontractual del Estado. 2 ed. Bogotá, Jurídica Sánchez, 2001. p. 16.

En su oportunidad el Consejo de Estado precisó lo siguiente: “[...] Porque a términos del artículo 90 de la Constitución Política vigente, es más adecuado que el juez aborde, en primer lugar, el examen del daño antijurídico, para en un momento posterior explorar la imputación del mismo al Estado o a una persona jurídica de derecho público [...]”¹⁴³.

El Consejero Enrique Gil Botero advierte que el análisis de la culpa es insuficiente como factor de imputación (fáctica y jurídica), porque en la visión moderna del derecho, también son importantes otros fundamentos de atribución o de responsabilidad de tipo objetivo, por ejemplo: la equidad; la garantía, el riesgo creado; la solidaridad; la distribución de las cargas públicas, etc.¹⁴⁴.

Nótese que el análisis culpabilístico, bajo esta nueva concepción, cumple básicamente una función de exoneración o, eventualmente, de atenuación de la responsabilidad, por ejemplo, cuando el médico acredita diligencia y cuidado.

El Juez o Jueza administrativo no puede olvidar que el elemento indispensable —aunque no siempre suficiente— para la imputación, es el nexo causal entre el hecho causante del daño, y el daño mismo.

Ahora bien, el nexo causal puede ser material o jurídico. En la mayoría de los casos el análisis conduce al nexo jurídico, que es el más importante, derivado de la acción u omisión de las autoridades públicas, en desarrollo del servicio público o en nexo con él.

Ap

Actividad pedagógica 4

T

- Responsabilidad por servicios médicos. No siempre se puede exigir a la parte demandada que pruebe la causa del daño, para establecer que es ajena a la intervención médica.

¹⁴³ C.E. Sec. III, sent. del 10 de septiembre de 1993, expediente N° 6144.

¹⁴⁴ Gil Botero, Enrique. Temas de responsabilidad extracontractual del Estado. 2ed. Bogotá, Jurídica Sánchez, 2001. p. 14.

C

- En los alegatos de conclusión el demandante argumenta que la entidad demandada no probó cuál fue la causa específica de la muerte del paciente. Por tanto, en aplicación del régimen de responsabilidad por falla presunta, el Juez o Jueza debe concluir indefectiblemente que el hecho es imputable a la demandada.

Pj

- ¿Puede el Juez o Jueza, en casos concretos, abandonar la argumentación probatoria que le ofrece el régimen de responsabilidad por falla presunta en la prestación de servicios médicos?

Sj

- El Consejo de Estado ha señalado:

“[...] En la valoración de estos indicios tendrá especial relevancia el examen de la conducta de las partes, especialmente de la parte demandada, sin que pueda exigírsele, sin embargo, que demuestre, en todos los casos, cuál fue la causa del daño, para establecer que la misma es ajena a su intervención. En efecto, dadas las limitaciones de la ciencia médica, debe aceptarse que, en muchas ocasiones, la causa de la muerte o el empeoramiento del paciente permanece oculta, aun para los propios médicos. Por lo demás, dicha valoración debe efectuarse de manera cuidadosa, teniendo en cuenta que –salvo en casos excepcionales, como el de la cirugía estética y el de la obstetricia, entre otros, que han dado lugar a la aplicación de regímenes de responsabilidad más exigentes para el demandado– los médicos actúan sobre personas que presentan alteraciones de la salud, lo que implica el desarrollo de diversos procesos en sus organismos, que tienen una evolución propia y, sin duda, en mayor o menor grado, inciden por sí mismos en la modificación o agravación de su estado, al margen de la intervención de aquellos. Nos conduce de la mano a reiterar que en tema de responsabilidad galénica, el contacto físico entre un profesional y un paciente que experimenta daños, no permite indefectiblemente imputar estos daños al susodicho profesional, pues las pruebas aportadas al proceso, con suma frecuencia, suscitan dudas acerca de si el obrar médico fue en verdad el que ocasionó los perjuicios... Frente al daño médico, es muy común que las constancias procesales pongan de manifiesto que el perjuicio pudo ocurrir por el hecho del profesional o por una o varias causas ajenas derivadas fortuitamente del

propio estado de salud del enfermo -amén de los supuestos de hecho (o culpa) de éste último-[...]”¹⁴⁵.

Co

La anterior solución jurisprudencial nos alerta, en el sentido de que el régimen de responsabilidad por falla presunta en la prestación de servicios médicos, no es una panacea. Es cierto que al Juez o Jueza le sirve de guía para organizar los argumentos probatorios, pero muchas veces, como en el caso analizado, es posible que los indicios no sean suficientes para sustentar una imputación directa; ni los conocimientos científicos en general, o médicos en particular, sean aptos para sustentar una causa probable.

Ante tal incertidumbre, el Juez o Jueza tendrá que hacer un juicio de razonabilidad, que implica un plus en la carga argumentativa de la decisión, para explicar y justificar en forma convincente, las razones por las cuales abandona la guía que le ofrece el régimen de responsabilidad por falla presunta en la prestación de servicios médicos.

Ap

Actividad pedagógica 5

TC

- Responsabilidad por falta de oportunidad en la atención médica.
- Un paciente pierde la visión del ojo izquierdo por desprendimiento de la retina. El oftalmólogo ordena cirugía urgente. Como la EPS se tardaba en dar las autorizaciones administrativas pertinentes, el afectado interpuso acción de tutela. La cirugía se practicó cuatro meses después.

¹⁴⁵ C.E., Sec. III. Ponente: Alier E. Hernández Enríquez. Sent. del 1º de julio de 2004. Radicación número 08001-23-31-000-1993-7649-01(14696). Actor: Carmen Sofía Jaimés de Mendoza. Demandado: ISS. Para profundizar el tema, el lector podrá consultar los siguientes libros: Bueres, Alberto J. Responsabilidad civil de los médicos, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 1992. Sobre las causas concurrentes y la concausa, y la factibilidad de interrupción del nexo causal, ver Mosset Iturraspe, Responsabilidad Civil del médico, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1979.

El paciente no recuperó la visión. La demandada sostiene que de todas maneras el paciente difícilmente podría recuperar la visión con la cirugía practicada, por los antecedentes patológicos y la edad que tenía. Documenta su aserto con literatura médica y alega que no existe relación de causalidad entre la pérdida de la visión, y la práctica de una cirugía que en ese caso era inútil.

Pj

- ¿Cuándo hay morosidad en un tratamiento médico el análisis probatorio girará entorno a la patología que causó la pérdida de la visión, o se centrará en la falla en el servicio por la pérdida de oportunidad?

Sj

- En un caso similar, el Consejo de Estado resumió la responsabilidad por “pérdida de oportunidad” así:

“[...] Debe advertirse, además, que para que haya lugar a la reparación no es necesario acreditar que una adecuada prestación del servicio médico asistencial hubiera impedido el daño, pues basta con establecer que la falla del servicio le restó al paciente oportunidades de sobrevivir o de curarse. Se trata en este caso de lo que la doctrina ha considerado como la “pérdida de una oportunidad [...]”¹⁴⁶.

Co

- La atención médica debe ser oportuna, integral y efectiva. En casos como el aquí analizado, el Juez o Jueza examinará la causa jurídica del daño, y no la material. Por tanto, la falla del servicio se demuestra con la prueba indiciaria, porque los múltiples hechos probados permiten inferir que sí hubo desidia o falta de oportunidad administrativa para atender las necesidades

¹⁴⁶ C.E., Sección III. Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Sent. del 28 de abril de 2005. Radicación número 47001-23-31-000-1995-04164-01(14786). Actor: Dalila Duica de Pereira y otros. Demandado: Depto. Magdalena, Hospital Central Julio Méndez Barreneche.

También ver C.E., sent. del 13 de septiembre de 1991, exp: 6253; sent. del 24 de octubre de 1990, expediente No. 5902; sent. del 30 de junio de 1992, expediente No. 6897; sent. del 10 de febrero de 2000, exp: 11.878. En el mismo sentido, sentencia del 8 de febrero de 2001, exp: 12.792; sentencia del 3 de mayo de 1999, exp: 11.169.

diagnósticas del paciente. De allí que el retardo u omisión afectó directamente el principio de oportunidad médica, lo cual se erige como un comportamiento dañino para el paciente, independientemente de si la patología o la edad, fueron causa eficiente del desprendimiento de retina, o si la cirugía oportuna, hubiese garantizado la recuperación de la visión.

Distinto cuando se trata de cuantificar los perjuicios, en cuyo caso, factores como la edad, deterioro general de la salud, etc. pueden ser factores importantes como puntos de referencia proporcional, y en consecuencia, disminución del *quatum indemnizatorio*.

Ap

Actividad pedagógica 6

TC

- Perjuicios morales. La carga de la prueba cuando demandan sobrinos.
- En un proceso de reparación directa actúan como demandantes, entre otros, dos sobrinos (menores de edad) del occiso, quien murió bajo circunstancias que generaron responsabilidad administrativa de la Nación. El Juez o Jueza al momento de proferir sentencia observa que los testigos que declararon sobre los perjuicios morales hacen alusión general a la aflicción de todos los habitantes de la casa, entre los que se encuentran los citados sobrinos.

Pj

- ¿Son suficientes las declaraciones generales y la habitación bajo un mismo techo para dar por probado el perjuicio moral ocasionado al demandante que se presenta como tercero (sobrino)?

Sj

- El Consejo tuvo oportunidad de puntualizar al respecto:

“[...] la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, la cual se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla, (por tanto) resulta suficiente para acreditar el dolor la prueba de la condición de compañera permanente, como la de calidad de cónyuge es adecuada para probar dicho dolor. No sucede lo mismo con los terceros damnificados (sobrinos) porque si bien es cierto todo el grupo familiar vivía en la misma casa, también lo es que la aflicción que los testigos narran es genérica y no alude en particular al sufrimiento de los menores por la muerte de su tío. La convivencia en una misma casa es solo una de las circunstancias a tener en cuenta para determinar la aflicción sentimental pero no puede ser la única. Se define entonces que los sobrinos de Enrique, no acreditaron el daño moral que dijeron haber sufrido [...]”¹⁴⁷.



- Según la jurisprudencia citada, cuando se trate de terceros damnificados no es suficiente indicador del daño moral la convivencia bajo un mismo techo con la víctima. Se requerirán otros indicadores, por ejemplo: 1) Demostrar la aflicción particular de ese tercero (sobrino); 2) demostrar una relación especial de afecto entre la víctima y el tercero, que podría evidenciarse en cartas, fotos, declaraciones que den cuenta de tan estrecha relación, apoyo económico para estudio, etc.

El Juez o Jueza como director del proceso al momento de recibir declaraciones sobre perjuicios morales, debe prestar atención a los demandantes calificados como terceros, es decir, que no están comprendidos entre el rango de segundo grado de consanguinidad y primero de afinidad, o compañera permanente, porque respecto de estos últimos se presume el dolor o aflicción, pero respecto de los primeros no. El interrogatorio debe orientarse de tal suerte que den cuenta de la aflicción sufrida por aquellos que no han demostrado la relación de consanguinidad antes señalada.

¹⁴⁷ C.E., Sección Tercera, sent. del 22 de abril de 2004. Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Radicación número 63001-23-31-000-1997-04420-01(15088). Actor: Israel Cruz Rodríguez y otros. Demandado: Universidad del Quindío. También ver: Exps. 13041 del 26 de agosto de 1999, 11945 del 2 de marzo de 2000 y 13247 del 2 de mayo de 2002.

Ap

Actividad pedagógica 7

TC

- Se presume el dolor respecto de los hermanos.
- El Juez o Jueza al momento de tasar los perjuicios morales encuentra que entre los demandantes hay hermanos menores y mayores de edad. La parte demandada en el escrito de alegatos indica que sólo se presume el perjuicio respecto de los hermanos menores, pero no así respecto de los hermanos mayores de edad. No hay pruebas respecto de los perjuicios morales, porque el demandante partió de una “presunción de hombre”.

Pj

- ¿Respecto de los hermanos menores y mayores de edad se presume el dolor en igual medida?

Sj

- El Consejo de Estado ha mostrado dos líneas jurisprudenciales respecto de este punto. La primera ha sostenido que de la prueba del parentesco solo se puede inferir el perjuicio moral, cuando se trate de cónyuges, padres e hijos. Pero respecto de los hermanos, solo hasta antes de adquirir la mayoría de edad.

Cuando se trate de hermanos mayores de edad, o cualquier otro parentesco o relación, debe recaudarse prueba directa para efectos de reconocer el perjuicio moral. El siguiente extracto jurisprudencial nos ilustra la línea:

“[...] Sin embargo con la prueba del parentesco se inferirá el perjuicio moral de los padres, cónyuge y, con relación a los hermanos de la víctima, únicamente, de los menores [...] a la época en que ocurrió el hecho dañino. El Juzgador, cuando infiere o deduce (presunción judicial o de hombre) tiene en cuenta, como antecedente, la experiencia humana, nacida de la observación de las reglas generales de la sociedad (circunstancias de modo, tiempo y lugar) para cuando ocurrió el

hecho dañino. Por consiguiente observa que entre seres normales es común que los integrantes de la familia —padres e hijos, y entre estos cuando son menores de edad y aquellos— se produce un inmenso dolor cuando alguno de estos miembros sufre una lesión grave o padece la muerte. Este núcleo familiar vive, por la muerte de uno de los suyos, desacomodo de vida; el elemento perdido deja espacios de compañía y de afecto que la psicología de quienes lo rodeaban aprecia y siente la pérdida; este estado dura, lo indican los hechos sociales. Por lo tanto la hermana mayor de la víctima, para cuando acaeció el hecho dañino, no recibirá indemnización. [...]”¹⁴⁸.

En cambio la otra línea jurisprudencial no distingue entre hermanos menores y mayores de edad, y presupone el perjuicio hasta el segundo grado de consanguinidad, sin necesidad de ninguna prueba. Considera que la carga de la prueba la tiene la parte demandada, en cuyo caso tendría que romper la presunción de dolor o aflicción de los hermanos (mayores o menores). Esta línea jurisprudencial ha sido reiterada por reciente sentencia del Consejo de Estado, con ponencia del doctor Enrique Gil Botero¹⁴⁹. Veamos un extracto que ilustra la tesis:

“[...] Las reglas de la experiencia, y la práctica científica¹⁵⁰ han determinado que en la generalidad, cuando se está ante la pérdida de un ser querido, se siente aflicción, lo que genera el proceso de duelo. Razón por la cual la Sala reitera la posición asumida por la Corporación en la sentencia de 17 de julio de 1992¹⁵¹ donde sobre el particular, y con fundamento en la Constitución, se analizó el tópico, así:

‘En punto tocante con perjuicios morales, hasta ahora se venían aceptando que estos se presumen para los padres, para los hijos y los cónyuges entre sí,

¹⁴⁸ CE. Sección III. Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Sent. del 07 de octubre de 1999. Rad. N° 12655. Actor: Bernardo Roldán y otros. Demandado: Instituto Metropolitano de Salud de Medellín; ISS. Reiteración jurisprudencial de las sentencias de fechas 5 de noviembre de 1997, Sala Plena, Exp. S - 259 y de 13 de septiembre de 1999, Sección Tercera, Exp. 15504, de 18 de mayo de 1990, Sala Plena, Exp. S - 121.

¹⁴⁹ C.E. Sección Tercera. Ponente: Enrique Gil Botero. Sentencia del 20 de febrero de 2008. Expediente número 16.996. Actor: María Delfa Castañeda y otros. Demandado: Nación - Ministerio de Defensa, Policía Nacional y otro.

¹⁵⁰ Fernández Liria, B. Rodríguez Vega. Intervenciones sobre problemas relacionados con el duelo para profesionales de Atención Primaria: El proceso del duelo. Universidad Autónoma de Madrid. Ver dirección en Internet: [Http://www.medicindefamiliares.cl/Protocolos/DUELO%201.pdf](http://www.medicindefamiliares.cl/Protocolos/DUELO%201.pdf) “Aunque es difícil establecer inequívocamente relaciones causa-efecto, numerosos estudios han relacionado las pérdidas de diverso tipo con alteraciones de la salud.1 Hoy se acepta generalmente que en torno a un tercio de los pacientes que acuden a las consultas de Atención Primaria presentan problemas de salud mental que requerirían algún tipo de tratamiento y, aproximadamente una cuarta parte del total presenta problemas que podrían considerarse relacionados con algún tipo de pérdida”.

¹⁵¹ Radicado 6750, actor: Luis María Calderón Sánchez y otros. Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández.

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

Por su parte el artículo 42 de la Carta Política, establece que el Estado y la sociedad tienen como deber ineludible el de garantizar la protección integral de la familia, núcleo fundamental de la sociedad, que ‘se constituye por vínculos naturales y jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla’. Y agrega que ‘Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica tienen iguales derechos y deberes’. ‘La ley no ha definido taxativamente las personas que integran la familia que goza de la especial protección del Estado y de la sociedad en general. Así las cosas, podría adoptarse como criterio interpretativo el concepto amplio de la familia, como aquellos parientes próximos de una persona a los que se refiere el artículo 61 del C.C., que es del siguiente tenor:

‘En los casos en que la Ley dispone que se oiga a los parientes de una persona, se entenderá que debe oírse a las personas que van a expresarse y en el orden que sigue:

‘1°. Los descendientes legítimos;

‘2°. Los ascendientes legítimos;

‘3°. El padre y la madre naturales que hayan reconocido voluntariamente al hijo, o este a falta de descendientes o ascendientes legítimos;

‘4°. El padre y la madre adoptantes, o el hijo adoptivo, a falta de parientes de los números 1°, 2° y 3°;

‘5°. Los colaterales legítimos hasta el sexto grado, a falta de parientes de los números 1º., 2º., y 4º;

‘6°. Los hermanos naturales, a falta de los parientes expresados en los números anteriores;

‘7°. Los afines legítimos que se hallen dentro del segundo grado, a falta de los consanguíneos anteriormente expresados.

‘Si la persona fuera casada, se oirá también, en cualquiera de los casos de este artículo a su cónyuge; y si alguno o algunos de los que deben oírse, no fueren mayores de edad o estuvieren sujetos a la potestad ajena, se oirá en su representación a los respectivos guardadores, o a las personas bajo cuyo poder y dependencia estén constituidos’.

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

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

La familia, para fines de las controversias indemnizatorias, está constituida por un grupo de personas naturales, unidas por vínculos de parentesco natural o jurídico, por lazos de consanguinidad, o factores civiles, dentro de los tradicionales segundo y primer grados señalados en varias disposiciones legales en nuestro medio.

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

Como presunción de hombre que es, la administración está habilitada para probar en contrario, es decir, que a su favor cabe la

posibilidad de demostrar que las relaciones filiales y fraternales se han debilitado notoriamente, se han tornado inamistosas o, incluso, que se han deteriorado totalmente. En síntesis, la Sala tan solo aplica el criterio lógico y elemental de tener por establecido lo anormal y de requerir la prueba de lo anormal. Dicho de otra manera, lo razonable es concluir que entre hermanos, como miembros de la célula primaria de toda sociedad (la familia), exista cariño, fraternidad, vocación de ayuda y solidaridad, por lo que la lesión o muerte de algunos de ellos afectan moral y sentimentalmente al otro u otros. La conclusión contraria, por excepcional y por opuesta a la lógica de lo razonable, no se puede tener por establecida sino en tanto y cuanto existan medios probatorios legal y oportunamente aportados a los autos que así la evidencien”¹⁵². (Negrillas de la Sala).

Así las cosas, como la demandada no desvirtuó la presunción de la aflicción causada a los demandantes por la pérdida de su padre, hijo y hermano, pariente en primer y segundo grado de consanguinidad, de acuerdo con los registros civiles allegados al proceso, la Sala da por probado el daño moral con fundamento en la presunción judicial o de hombre que constituye un criterio de valoración mas no un medio de prueba, en el derecho americano a dichas presunciones judiciales se les llama “inferencias”; la presunción es un razonamiento que está basado enteramente en la lógica y la experiencia, por ello no se puede confundir con el indicio ya que este es un hecho, ni con ningún otro medio de prueba [...]”¹⁵³.

Co

- Con la reafirmación de esta última línea jurisprudencial por parte de la Sección Tercera, se despejan muchas dudas e injusticias que se ha cometido al momento de tasar los perjuicios, porque en unos casos se ha exigido la prueba de la aflicción si son hermanos mayores (tesis de María Elena Giraldo), y en otros sencillamente se había

¹⁵² Posición que ha sido reiterada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 30 de marzo de 2004. S-736. Actor: Nelly Tejada. Consejero Ponente Camilo Arciniegas Andrade. “Del parentesco cercano con la víctima se infiere el padecimiento moral que su muerte inflige a los suyos. El parentesco es indicio vehemente del daño moral”. Y recientemente por la Sección Tercera, en sentencia de 30 de agosto de 2007. Expediente 15.724, actor: Oswaldo Pérez Barrios. Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra.

¹⁵³ C.E. Sección Tercera. Ponente: Enrique Gil Botero. Sentencia del 20 de febrero de 2008. Expediente número 16.996. Actor: María Delfa Castañeda y otros. Demandado: Nación - Ministerio de Defensa, Policía Nacional y otro.

presumido. Consideramos que la línea reconfirmada con ponencia del doctor Enrique Gil Botero es la más ajustada a la Constitución Política.

La distinción entre hermanos menores de edad y mayores de edad, implicaba una gran paradoja porque no resultaba razonable negar la indemnización al hermano que al momento del hecho dañoso tenía, por ejemplo, dieciocho años y un día de nacido. Un día más o menos de vida, no puede cambiar el dolor o aflicción que se puede sentir ante la pérdida de un hermano.

Ap

Actividad pedagógica 8

T

- La carga de la prueba de los hermanos medios o extramatrimoniales para efectos de reconocer perjuicios morales.

C

- En una acción de reparación directa, por la muerte del señor XX, al estudiarse el caso para proferir sentencia el Juez o Jueza encuentra que uno de los demandantes acreditó la calidad de hermano extramatrimonial o medio, por medio del registro civil pertinente. Pero no existe ninguna prueba que demuestre el perjuicio moral del citado hermano del señor XX.

En los alegatos de conclusión, la parte demandada considera que no se pueden reconocer perjuicios morales a favor del citado hermano medio, porque no se puede presumir el perjuicio moral, como si fuera un hermano uterino.

Pj

- ¿Se puede presumir el perjuicio moral cuando se trata de un hermano medio, o extramatrimonial?

N

- El artículo 54 del Código Civil, indica que los hermanos pueden serlo por parte de padre y de madre, y se llaman entonces hermanos carnales; o solo por parte de padre, y

se llaman entonces hermanos paternos; o solo por parte de madre, y se llaman entonces hermanos maternos o uterinos.

El artículo 55 del Código Civil indica que son hermanos entre sí los hijos extramatrimoniales de un mismo padre o madre, y tendrán igual relación los habidos en matrimonio y los extramatrimoniales. También ver la Ley 29 de 1982.

Sj

- El Consejo de Estado ha presentado en la línea jurisprudencial dos posiciones: 1) La Sala Plena ha expresado en varias oportunidades el criterio según el cual, sin desconocer el dolor que causa la pérdida de un ser querido, los perjuicios morales subjetivos no se presumen en todos los casos; solo se acepta esa presunción tratándose de padre e hijos y cónyuges entre sí, pero en relación con los hermanos mayores se requiere la demostración plena de la relación afectiva que existía entre estos y la víctima, tal y como se ilustró en el caso anterior. 2) Pero esta posición jurisprudencial fue cambiada por la Sección Tercera a partir de la sentencia del 17 de julio de 1992, al sostener que respecto de los hermanos de la víctima existe en su favor la presunción del perjuicio moral, pues resultaba injusto aceptarla, en unos casos, con fundamento en el vínculo familiar y exigir, para otros, una prueba específica de lazos afectivos.

Luego, la Sala precisó que la presunción del daño moral operaba respecto de los parientes hasta el segundo grado de consaguinidad y primero civil, pero, si no se demostraba el parentesco y la legitimación se sustentaba en la condición de damnificado del demandante, este tenía la carga de demostrarlo¹⁵⁴.

Co

- La línea jurisprudencial de la Sección Tercera parece ser la más ajustada a la Constitución Política de 1991 y por ello se recomendaría seguir esta línea.

En el caso concreto de ilustración, no podría discriminarse al demandante porque sólo demostró la calidad de hermano extramatrimonial. No habría

¹⁵⁴ Ver sentencias del C.E. de noviembre 5 de 1997, Exp. S-259; de marzo 25 de 1993, Exp. S-064; de mayo 18 de 1990, Exp. S-121. Sentencias de julio 17 de 1992 y de noviembre 4 de 1993.

fundamento legal, ni constitucional para dicha discriminación. En ese caso, se invertiría la carga de la prueba, sería el demandado quien tendría que demostrar que no existía ninguna relación de afecto entre la víctima y el hermano extramatrimonial o medio.

Ap

Actividad pedagógica 9

TC

- La prueba de los elementos que constituyen el régimen de responsabilidad objetiva.
- En un proceso de reparación directa, en aplicación del régimen de responsabilidad objetiva, el demandante sostiene en el alegato de conclusión que por la naturaleza de dicha responsabilidad el demandante sólo tiene que demostrar el daño y lo demás se infiere.

Pj Sj

- ¿Qué pruebas deben exigirse en los casos donde sea procedente aplicar la responsabilidad objetiva?
- El Consejo de Estado ha precisado:

“[...] Sobre Responsabilidad patrimonial del Estado por los daños ocasionados por el ejercicio de actividad peligrosas (armas de fuego, conducción de vehículos automotores, redes de energía eléctrica), la Sala ha aplicado diversos títulos jurídicos en el estudio de la responsabilidad patrimonial: Últimamente, la Sala ha recalificado el régimen de responsabilidad de “presunción de responsabilidad” por el de responsabilidad objetiva por cuanto todos los elementos de responsabilidad –hecho, daño y relación causal– deben ser probados; así, en cuanto al hecho dañador: Al demandante le basta demostrar la ocurrencia del hecho, no tiene que probar la calificación de la conducta subjetiva del demandado, cosa que sí ocurre en el régimen de responsabilidad por falla probada; y por esto mismo, el demandado

no puede contraprobar el hecho demostrando su diligencia y su cuidado. En cuanto al daño: El actor tiene que representar en el juicio la existencia de un daño(s) que reúna(n) las siguientes cualidades: cierto, particular, anormal y que recaiga sobre una situación de acto o de hecho, o que esté protegida jurídicamente. En cuanto al nexo de causalidad: También el actor debe demostrarlo con prueba directa o indirecta, porque la ley no ha señalado en materia de relación causal ni presunciones legales respecto de las cuales, probado un hecho el legislador infiera la causalidad adecuada, ni tampoco los conocimientos del juez sobre la realidad social lo autorizan para deducir con certeza el adecuado nexo de causalidad. La prueba del nexo puede ser: a) directa, mediante los medios probatorios que lo representan por sí mismo y/o b) indirecta, mediante indicios; este medio de convicción lógico indirecto, requiere de la demostración de unos hechos indicadores que apunten con fuerza el hecho indicado. El demandado para exonerarse podrá probar causa extraña: o por hechos exclusivos de la víctima o del tercero o por fuerza mayor. [...]”¹⁵⁵.

Co

- La jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado que se deben probar todos los enunciados fácticos cuando se aplica el régimen de responsabilidad objetiva, antes llamada “presunción de responsabilidad”. Así: 1) El hecho dañoso. 2) El daño. 3) La relación de causalidad (que puede probarse fácticamente o demostrarse por inferencia lógica).

Respecto del hecho dañoso el demandante debe probar el hecho, sin necesidad de probar la calificación de la conducta subjetiva del demandado (dolo, culpa). Por ello es inútil que el demandado pruebe su diligencia y cuidado.

En particular, se debe probar que el daño sea: 1) cierto; 2) particular; 3) anormal; 4) que recaiga sobre una situación de acto o de hecho; 5) que esté protegida jurídicamente.

Respecto del nexo de causalidad, no necesariamente se prueba, porque también se puede inferir o demostrar, a partir de hechos probados. Así podrá recurrirse a la prueba directa o indirecta.

¹⁵⁵ C.E., Sección III, Sent. del 18 de marzo de 2004. Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Radicación número:76001-23-31-000-1994-00069-01(14338). Actor: Rafael Antonio Artunguaga Bastos y otros. Demandado: Nación (Mindefensa, Polinal).

El demandado para exonerarse podrá probar causa extraña o por hechos exclusivos de la víctima o del tercero o por fuerza mayor.

El Juez o Jueza al momento de decretar las pruebas, debe tener presente la anterior lista de chequeo de las pruebas que se deben adosar al proceso, para efectos de decidir si se condena a la entidad demandada en aquellos casos en que se debe dar aplicación al régimen de responsabilidad objetiva.

Ap

Actividad pedagógica 10

T C

- No es necesario probar la identidad del homicida, si el occiso estaba bajo cuidado o custodia del ente estatal.
- Un interno de un centro penitenciario fue asesinado por un desconocido mientras dormía en su celda. Ni en el proceso penal, ni en el contencioso administrativo se probó la identidad del homicida. En los alegatos de conclusión la entidad demandada sostiene que no se probó el nexo de causalidad, y en cambio sí es evidente el hecho exclusivo de un tercero.

Pj

- ¿Necesariamente debe probarse la identidad del homicida de un interno en un centro penitenciario para declarar la responsabilidad administrativa del ente estatal? ¿Podrá aceptarse la tesis de culpa exclusiva de un tercero?

Sj

- En un caso similar el Consejo de Estado precisó lo siguiente: “[...] Considera la Sala que, en casos como el presente, debe aplicarse un régimen objetivo de responsabilidad. Conforme a lo anterior, se encuentra demostrado, en el presente caso, que el soldado E.L.T. murió violentamente, durante el período en que prestaba el servicio militar obligatorio, como consecuencia de un trauma contundente craneano, el cual fue causado, al parecer, golpeándolo

con piedras. En el momento de la muerte, según lo expresado por el apoderado del Ministerio de Defensa, en la contestación de la demanda, el soldado E.L.T. cumplía labores de centinela, y de acuerdo con el concepto rendido por el comandante del Batallón Galán del Ejército Nacional, del cual formaba parte dicho soldado, su muerte se produjo en misión del servicio. Así las cosas, si bien es cierto que no obra en el proceso ninguna prueba que permita señalar a alguna persona como autora del homicidio, sí está demostrado que este fue cometido en momentos en que E.L.T. desarrollaba funciones propias del servicio obligatorio, de manera que su seguridad estaba a cargo de la entidad demandada, que debía garantizar su retorno a la vida civil, una vez cumplido el término de conscripción, en las mismas condiciones de salud en que ingresó al Ejército para cumplir con su deber constitucional.[...]”¹⁵⁶.



- La jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado dos caminos argumentativos, o líneas jurisprudenciales, para efectos de establecer la responsabilidad del Estado, cuando se trata de personas con sujeción especial (reclusos y conscriptos).

Por un lado, se ha indicado que el Estado tiene una obligación de resultado, es decir, que debe garantizar al ciudadano su regreso a la sociedad, en las mismas condiciones en que se encontraba antes de su reclutamiento o retención. Así las cosas, por regla general, el Estado debe responder patrimonialmente por los perjuicios que éste haya sufrido durante el tiempo en el cual fue sometido a la prestación del servicio militar o a la detención.

Lo anterior se justifica porque si el ciudadano debe asumir la carga que implica la restricción de sus derechos, bajo el supuesto de que el reclutamiento o la retención se inspira en un beneficio social, en consecuencia, y como correlato, el Estado se obliga a garantizarles una eficaz protección y seguridad, porque posee el monopolio de la fuerza y los poderes de coerción que le permiten afrontar tales riesgos¹⁵⁷.

¹⁵⁶ C.E., Sent. del 21 de septiembre de 2000. Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez. Radicación número 11766. Actor: José Epigmenio López Gómez y otros. También ver sentencia del 2 de marzo de 2000, Exp. 11401.

¹⁵⁷ C.E., Sec. III, Sent. del 30 de noviembre de 2000. Ponente Ricardo Hoyos Duque. Expediente 13329.

Por otro lado, es importante advertir que la Sección Tercera del CE., en sentencia del 2 de marzo de 2000 (expediente 11.401), precisó que de conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política, cuando se trate de retenidos, internos o conscriptos, el régimen de responsabilidad aplicable es el objetivo. Y además indicó que el daño se calificará como antijurídico, cuando resulte roto el equilibrio frente a las cargas públicas, es decir, cuando, dada su anormalidad, implique la imposición de una carga especial e injusta al conscripto, al retenido, o los familiares de aquellos, en relación con las demás personas. Esta línea argumentativa fue reiterada en sentencia del 21 de septiembre del mismo año (expediente 11.706).

En la aclaración de voto presentada por el Consejero Alier E. Hernández Enríquez, a la sentencia del 30 de noviembre de 2000 (expediente 13329), se resumió el debate de las dos líneas argumentativas, así:

“[...] Se concluye, entonces, en cuanto atañe al problema de la imputabilidad el perjuicio sufrido por los conscriptos, que tanto el daño especial como el riesgo excepcional sirven como factores de atribución de responsabilidad, y en ambos subyace el principio de restablecimiento del equilibrio frente a las cargas públicas, dada la situación de sacrificio y peligro a que son sometidos, en beneficio de toda la comunidad, quienes deben cumplir la obligación de prestar el servicio militar. Y ello da lugar a la aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad que se extiende a aquellos casos en que los familiares del soldado sometido a conscripción reclaman la indemnización del perjuicio directamente sufrido. Se resuelve la situación planteada, de esta manera, con fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política, sin necesidad de acudir a la doctrina elaborada por los civilistas en torno a las obligaciones de medio y de resultado. Puede argumentarse que la conclusión obtenida es la misma, en cuanto al régimen de responsabilidad, frente a lo cual debe decirse que el nuevo planteamiento implica, sin duda, un avance importante, dada la dificultad que supone la clasificación de los deberes extracontractuales asumidos por el Estado. La imputabilidad, por lo demás, no surge, necesariamente de un deber, dado el carácter objetivo del régimen aplicable [...]”.

El Juez o Jueza administrativo debe tener en cuenta, que en casos similares el demandando no exculpa su responsabilidad probando que tenía funcionando todos los recursos o sistemas de seguridad para proteger al interno carcelario o al conscripto. Pero de acuerdo con la tesis relacionada con la responsabilidad objetiva, el demandante debe probar, o por lo menos debe ofrecer en el proceso los elementos de juicio suficientes para deducir que se rompió el equilibrio frente a las cargas públicas.

Si se trata de un suicidio (soldado o detenido), *prima facie*, el Estado no será administrativamente responsable, a menos que el demandante pruebe que se conocían antecedentes sobre las intenciones suicidas, a partir de las cuales podría predecirse la conducta autodestructiva. Por ejemplo, deberá probarse consultas médicas, psiquiátricas, actos fallidos en aquel sentido, etc.

A

Actividad pedagógica 11

T C

- Carga de la prueba del error judicial en los casos de privación injusta de la libertad.
- En un proceso de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, el demandante sostiene en los alegatos de conclusión que es suficiente con probar la desvinculación del proceso penal o la decisión absolutoria, para que se genere la responsabilidad administrativa del Estado.

P

- ¿Corresponde al actor probar la injusticia, ilegalidad o irrazonabilidad de la medida de aseguramiento, cuando pretende la declaratoria de responsabilidad del Estado por fuera de los casos que contemplaba el art. 414 del C. de P. P.?

N

- El artículo 414 del decreto 2700 de 1991 indicaba que quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave. Nota: Es importante recordar que la Ley 600 de 2000 no reguló la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad.

Sj

- El Consejo de Estado ha señalado:

“[...] la jurisprudencia de la Sección Tercera consideró inicialmente que no bastaba con que el proceso terminara con decisión absolutoria, en virtud de uno de los tres supuestos previstos en la norma, para conceder el derecho a la indemnización en forma automática, sino que era necesario acreditar el error o la ilegalidad de la providencia que dispuso la detención, dado que ‘la investigación de un delito, cuando medien indicios serios contra la persona sindicada, es una carga que todas las personas deben soportar por igual y la absolución final que puedan estas obtener no prueba, per se, que hubo algo indebido en la retención’. En decisiones posteriores se consideró, en cambio, que en tales eventos y por disposición legal se estaba en presencia de una detención injusta, con abstracción de la conducta o de las providencias dictadas por las autoridades encargadas de administrar justicia y que, por lo tanto, surgía para el Estado la obligación de reparar los perjuicios causados con la misma. Posición que ha reiterado la jurisprudencia más reciente sobre el tema. Ahora bien, cuando se pretende la declaratoria de responsabilidad del Estado por fuera de los casos que contemplaba el art. 414 del C. de P. P., se ha exigido la prueba de un error judicial, cuando se ha dicho que la privación de la libertad o la medida cautelar se despachó aunque no había ningún indicio que la justificara, es decir, que la medida provisional no tuvo un fundamento legal o razonable, en consideración a las exigencias legales y a la prueba que obraba en el proceso. Por eso, se ha exigido que se acredite que la medida haya sido ‘abiertamente ilegal’, o que se trate de ‘actuaciones u omisiones escandalosamente injurídicas’ o que el comportamiento del juez haya sido ‘ostensible y manifiestamente errado’. La Sala se ha inclinado en algunas providencias por darle un mayor alcance al derecho al resarcimiento de los perjuicios que se causen con la detención preventiva, cuando el proceso no culmina con sentencia condenatoria, aun en los eventos en que el fallo sea absolutorio porque no habiendo suficiente prueba en el proceso, surjan dudas sobre la responsabilidad del procesado, las cuales por mandato constitucional se resuelven a su favor. Se exige, entonces, la demostración de la injusticia del daño causado con la detención, la cual se concluirá por el juez del análisis de las circunstancias específicas del asunto, que muestren que el particular que fue objeto de la medida privativa de la libertad, no estaba en el deber jurídico de soportarla. En síntesis, considera la Sala que quien haya sido privado de la libertad de manera

preventiva y absuelto en sentencia ejecutoriada o en providencia que disponga la terminación del proceso, tiene derecho a la indemnización de perjuicios que la medida le haya causado, siempre que esta haya sido injusta, calificación que puede provenir, entre otros eventos, de cuando la medida se profirió desatendiendo las disposiciones que sobre la materia establece la ley o cuando el proceso termine con absolución o su equivalente, porque el hecho no existió, o el sindicado no lo cometió, o el hecho no era constitutivo de delito; o haya sido irrazonable porque el juicio sobre su procedencia según los parámetros de la ley no correspondan con la prueba que obraba en el proceso penal; o injustificada porque aunque se hubiera proferido inicialmente conforme a los parámetros legales, excedió el plazo razonable; o sea desproporcionada su duración en consideración al delito de que se trate; o porque, de acuerdo con las circunstancias específicas del asunto, al margen de la licitud o ilicitud de la decisión que le sirvió de fundamento, el particular que fue objeto de la medida privativa de la libertad no estaba en el deber jurídico de soportarla, conforme se hace evidente como consecuencia de una decisión definitiva de carácter absolutorio. En cada caso corresponderá al actor demostrar la injusticia, ilegalidad o irrazonabilidad de la medida [...]¹⁵⁸.



- Hasta el año 1994 el Consejo de Estado había sostenido que el demandante tenía la carga de la prueba, en los casos de responsabilidad por privación injusta de la libertad o por detención arbitraria.

Luego, en sentencia del 30 de junio de 1994, el Consejo de Estado interpretó el artículo 414 del D. 2700/91, de donde dedujo que de allí se consagró un tipo de responsabilidad objetiva de carácter legal. En consecuencia, se precisó que en los eventos previstos por la normativa, el demandante no tenía la carga de probar la falla del servicio. Así las cosas, bajo aquel parámetro objetivo, era inútil examinar

¹⁵⁸ C.E., Sec. III. Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Sent. del 28 de abril de 2005. Radicación número: 13001-23-31-000-1996-01111-01(15348). Actor: Orlando García Cuéllar. Demandado: Fiscalía General de la Nación. Ver también C.E: sentencia del 25 de julio de 1994, exp: 8.666, Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, Sentencia del 2 de mayo de 2002, exp: 13.449, Ponente: María Elena Giraldo Gómez, Exp: 12.076, Ponente: German Rodríguez Villamizar. Sección Tercera, sentencia del 17 de noviembre de 1995, proceso No.10.056, Ponente: Carlos Betancur Jaramillo. Sección Tercera, sentencia del 1º de octubre de 1992, proceso No. 7058. Ponente: Daniel Suárez Hernández. Sentencia de 27 de septiembre de 2000, exp: 11.601.

si la providencia que ordenó la privación de la libertad estuvo afectada por error judicial, o no¹⁵⁹.

Algunos tratadistas¹⁶⁰ han propuesto la existencia de una tercera etapa evolutiva de responsabilidad objetiva sustentada en el artículo 90 de la Constitución Política y en el artículo 65 de la Ley 270/96¹⁶¹. Según aquel marco jurídico, es suficiente para el demandante probar que hubo privación de la libertad, y anexar la providencia judicial que lo absuelve o lo desvincula de la investigación penal, para que de inmediato se genere la responsabilidad patrimonial estatal¹⁶².

Creemos, salvo mejor opinión, que dicha interpretación no se ajusta a los planteamientos mayoritarios de la Sección Tercera en esta última época, según lo destacamos en el precedente jurisprudencial citado, de fecha reciente (abril de 2005), en donde se enfatiza la carga probatoria del demandante, respecto de la injusticia, ilegalidad o irrazonabilidad de la medida. Tal regla también será aplicable cuando se trate en general del defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, o en general, de daños antijurídicos como consecuencia de la función jurisdiccional.

Veamos el esquema evolutivo que proponemos desde la óptica de la carga probatoria.

| | |
|------------|------------------------------|
| Hasta 1994 | Después de 1994 y a la fecha |
|------------|------------------------------|

| | |
|--|---|
| El demandante siempre tenía la carga probatoria. | Responsabilidad objetiva por mandato legal. |
| | El demandante tiene la carga de la prueba, en los eventos no previstos en la normativa. |

Durante varios años el C.E. consideró que la carga probatoria la tenía el demandante, incluso en los tres supuestos previstos en el art. 414 del Decreto 2700 de 1991.

¹⁵⁹ C.E., sentencias del 30 de junio de 1994, radicación N° 9734, actor: Nerio José Martínez Ditta; Sentencia del 12 de diciembre de 1996, radicación 10.299, actor: José Ángel Zabala Méndez; sentencia del 27 de septiembre de 2001, radicación N° 11.601, actor: Ana Ethel Moncayo.

¹⁶⁰ Ver Serrano Escobar, Luis Guillermo. Responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad. Bogotá, Doctrina y Ley. 2005. Pp. 121-126.

¹⁶¹ Ver análisis sobre la L. 270 relacionada con la privación injusta de la libertad hecha por el CE. Sección Tercera. Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Sent. del 2 de mayo de 2007. Rad. N° 20001-23-31-000-1997-03423-01(15463). Actor: Adiel Molina Torres y otros. Demandado: Nación-Rama Judicial.

¹⁶² Nota: Es importante recordar que la Ley 600 de 2000 no reguló la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad.

Se sustentó dicha posición en que es *una carga que deben soportar por igual todas las personas*. En decisiones posteriores y hasta nuestros días, el C.E. acata al tenor del art. 414 del D. 2700/91, y concluye que en aquellos eventos, se configura la detención injusta.

Así, el demandante no tiene que probar la ilegalidad, o la ausencia de razonabilidad de las decisiones, o la conducta de las autoridades judiciales. Cuando los eventos no estén contemplados en art. 414 del D. 2700/91, y fuere absuelto en sentencia ejecutoriada o en providencia que disponga la terminación del proceso, el demandante debe probar, entre otras circunstancias: 1) la injusticia del daño causado porque no estaba en el deber jurídico de soportarlo; 2) la ilegalidad o irrazonabilidad de la medida; 3) el error en la aplicación de la norma; 4) el error craso de interpretación normativa; 5) el error de argumentación probatoria, porque no existió o fue deficientemente valorada, 6) porque se excedió el plazo legalmente establecido o razonable; 7) por flagrante violación del derecho de defensa; 8) por tratarse de una vía de hecho, etc.

No obstante, el Consejo de Estado en sentencia más reciente del año 2007, con ponencia del Consejero Mauricio Fajardo Gómez¹⁶³, sostiene que se pueden distinguir las siguientes etapas: 1) En la que se sostuvo que la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad de las personas se fundamentaba en el error judicial, que se produciría como consecuencia de la violación del deber que tiene todo Juez o Jueza de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa una valoración seria y razonable de las distintas circunstancias del caso. 2) Más tarde, en una segunda dirección, la carga procesal para el actor de demostrar el carácter injusto de la detención para obtener indemnización de perjuicios, consistente en probar la existencia de un error de la autoridad jurisdiccional al ordenar la medida privativa de la libertad, fue reducida tan solo a los casos de detención diferentes a los contemplados en el artículo 414 del C. de P.P., porque en relación con los tres eventos allí señalados se estimó que la ley había calificado que se estaba en presencia de una detención injusta y que, por lo tanto, surgía para el Estado la obligación de reparar los perjuicios con ella causados. 3) En tercer término, se ha reiterado el carácter injusto de los tres casos de detención que preveía el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal y, por consiguiente, se sostuvo que frente a la reclamación de perjuicios fundada en alguno de los tres supuestos consignados

¹⁶³ CE. Sección Tercera. Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Sent. del 2 de mayo de 2007. Rad. N° 20001-23-31-000-1997-03423-01(15463). Actor: Adiel Molina Torres y otros. Demandado: Nación-Rama Judicial.

en dicho precepto, resultaba indiferente establecer si en la providencia que ordenó la privación de la libertad se incurrió o no en error judicial, por cuanto lo que compromete la responsabilidad del Estado –se dijo– no es la antijuridicidad de la conducta del agente del Estado, sino la antijuridicidad del daño sufrido por la víctima, en tanto que esta no tiene la obligación jurídica de soportarlo. Pero se ha puesto de presente que el Estado no siempre está en el deber jurídico de indemnizar todo daño que sufran los particulares sino, únicamente, aquellos que comporten la característica de ser antijurídicos. 4) Finalmente, el Consejo de Estado amplió la posibilidad de que se pueda declarar la responsabilidad del Estado por el hecho de la detención preventiva de ciudadanos ordenada por autoridad competente, a aquellos eventos en los cuales se causa al individuo un daño antijurídico, aunque el mismo se derive de la aplicación, dentro del proceso penal respectivo, del principio *in dubio pro reo* –de manera tal que no obstante haberse producido la privación de la libertad como resultado de la investigación e incluso habiendo sido proferida la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales, el imputado no llega a ser condenado–, circunstancia que hace procedente el reconocimiento de la obligación, a cargo del Estado, de indemnizar los perjuicios irrogados al particular, siempre que este no se encuentre en el deber jurídico de soportarlos.⁶⁴.

Cómo puede verse aquí encontramos una beta para una interesante línea jurisprudencial.

¹⁶⁴ Nota de Relatoría: Sobre error judicial ver Sentencia del 30 de junio de 1994, expediente número 9734; sentencia del 30 de junio de 1994, expediente 9734; sentencia del 25 de julio de 1994, expediente 8.666; sobre presunción de detención injusta en los tres casos del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 ver sentencia del 17 de noviembre de 1995, expediente 10.056; sentencia del 12 de diciembre de 1996, expediente 10.229; sobre daño antijurídico ver sentencia de 4 de abril de 2002, expediente número 13.606; sentencia del 27 de septiembre de 2000, expediente 11.601; sentencia del 27 de septiembre de 2000, expediente 11.601. En línea similar también puede verse sentencia del 25 de enero de 2001, expediente 11.413; sobre principio *in dubio pro reo* ver sentencia del 4 de diciembre de 2006, expediente número 13.168; sentencia de 27 de septiembre de 2000, Radicación 11601.

A_p

Actividad pedagógica 12

T C

- El decreto de pruebas en segunda instancia es excepcional.
- En el recurso de apelación el demandante insiste en la necesidad de una prueba pericial. Le solicita al Tribunal que la decrete de oficio.

P_j

- ¿Cuáles son los limitantes existentes en segunda instancia para decretar pruebas de oficio?

N

- El artículo 214 del CCA precisa que las partes únicamente podrán pedir pruebas en los siguientes casos: 1) Cuando decretadas en la primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió, pero solo con el fin de practicarlas o de cumplir requisitos que les falten para su perfeccionamiento. 2) Cuando versen sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrar o desvirtuar estos hechos. 3) Cuando se trate de documentos que no pudieron aducirse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria. 4) Cuando con ellas se trate de desvirtuar los documentos de que trata el numeral anterior.

S_j

- El Consejo de Estado ha indicado:

“[...] El decreto de pruebas de oficio en la segunda instancia es excepcional y procede únicamente en los casos contemplados en el art. 214 del ordenamiento procesal administrativo, esto es, respecto de las dejadas de practicar en la primera instancia pese a que fueron decretadas; las que versen sobre hechos acaecidos

después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas, pero solamente para demostrar o desvirtuar los hechos, la prueba documental no aducida en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria y las que traten de desvirtuar el caso anterior. La prueba pericial en la que insistió la parte actora, no se solicitó en la demanda ni en las oportunidades procesales subsiguientes, pese a la importancia que le atribuye. Tampoco se enmarcó en alguno de los eventos señalados por el art. 214 del CCA. De tal manera que no obstante los amplios poderes de investigación que posee el juez, entre ellos el de decretar pruebas de oficio, no pueden los demandantes so pretexto de los vacíos probatorios que perciben en el transcurso del proceso y que pudieron prever al momento de preparar las demandas, esperar a que el juzgador utilice esos poderes y llene esos vacíos y menos en esta instancia. [...]”¹⁶⁵.

Co

- Aquí el Consejo de Estado tiene una interpretación literal de la norma, con lo cual le cierra el paso a la visión más amplia, según la cual, el Juez o Jueza como director del proceso debe buscar la verdad procesal. Sin embargo, prima facie, se recomienda seguir esta orientación, a menos que se trate de casos en donde se justifique la prevalencia de la justicia material, por encima de la justicia de adjudicación, que es meramente formal.

La interpretación judicial, en primer lugar, debe asumir el reto de descifrar el “caso” y desde allí, buscar las posibles soluciones que ofrece el Derecho. Cuando la interpretación consigue la mayor armonía posible, entre el “caso” y el Derecho, podemos decir que la interpretación ha sido exitosa y justa. En estos eventos es posible aplicar las reglas de interpretación de la ley, en ejercicio de uno u otro método de interpretación, o la combinación de aquellos.

¹⁶⁵ C.E., Sección III. Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Sent. del 10 de mayo de 2001. Radicación número 07001-23-31-000-1995-0169-01(13347). Actor: Hunos Construir Ltda. Demandado: Municipio de Arauca.

UNIDAD 20

EL JUEZ O JUEZA Y LOS RETOS DE LA SENTENCIA JUDICIAL

Por William Hernández Gómez

Oe

- Propiciar la reflexión sobre los principales retos que debe afrontar el Juez o Jueza al momento de dictar sentencia. El caso, la justicia, el derecho.
- Resaltar los aportes teóricos de la filosofía y la psicología, que explican muchas de las conductas en el quehacer cotidiano del Juez o Jueza.
- Destacar la importancia de los argumentos de razonabilidad en las sentencias del Juez o Jueza administrativo.

ENSAYO. CONCEPTOS CLAVE

Este ensayo presupone que el lector ha estudiado los textos publicados por la EJRLB, especialmente: “Filosofía del derecho”, “Argumentación judicial”, “Estructura de la Sentencia”, “Interpretación Judicial”, “Interpretación Constitucional” y “Prueba judicial, análisis y valoración”. Si no ha cumplido tal requisito, es posible que el lector no comprenda algunas ideas o que le parezcan incompletas.

No se trata de definir o analizar la sentencia desde la óptica de la teoría general del proceso,¹⁶⁶ porque ese enfoque lo conocimos cuando estudiamos derecho y hay abundante literatura al respecto. Nos proponemos ilustrar, desde nuestra experiencia judicial, las principales dificultades o dudas que probablemente tiene el Juez o Jueza administrativo al momento de proferir una sentencia. Se comprenderá que es una tarea enorme y por ello solo se tocarán algunos puntos relevantes, quedando muchas otras inquietudes pendientes. Para facilitar la lectura y comprensión de los temas recurriremos a dos alegorías: i) el mito de la caverna de Platón,¹⁶⁷ y ii) la creación de una “película”¹⁶⁸.

Pocas veces nos hemos detenido a pensar en ese fascinante momento que vivimos los jueces (zas), cuando nos enfrentamos al expediente con el objetivo de dictar sentencia, el cual requiere de una especial disposición anímica porque son varios los retos a superar. Destacamos, entre otros, los siguientes:

Descubrir y comprender el patrón fáctico, la teoría del caso que proponen las partes y la interpretación normativa que soluciona el caso.

Armonizar la solución normativa con la realización de la justicia.

Articular de la mejor manera posible los “cuadros de la película” y la secuencia de los mismos (estructura de la sentencia).

Explicar y justificar la secuencia (argumentación). ¿Cómo resolver la paradoja de la opacidad y de la sentencia inconclusa?

Los errores más frecuentes en las sentencias de lo contencioso administrativo llamadas sentencias de “serie” o de “cajón”.

La aplicación de las “fórmulas” para la liquidación de los perjuicios con el fin de garantizar la reparación integral. Nota: Este punto lo analizaremos en la Unidad 21.

¹⁶⁶ La Sentencia es un acto jurisdiccional que pone fin al proceso o a una etapa del mismo, la cual tiene como objetivo reconocer, modificar o extinguir una situación jurídica así como formular órdenes y prohibiciones. Está regida por normas de derecho público, y se impone no solo a las partes litigantes sino a todos los demás órganos del poder público, etc.

¹⁶⁷ **Platón** en el VII libro de *La República* describió en el mito de la caverna una gruta cavernosa, en la cual permanecen desde el nacimiento unos hombres encadenados, sin movilidad en el cuello y las piernas, de forma que únicamente pueden mirar hacia la pared del fondo de la caverna en donde se reflejan las sombras del mundo exterior.

¹⁶⁸ Aquí retomamos la interesante alegoría de Jean Piaget cuando ilustra la inteligencia sensomotriz a la cual nos referiremos más adelante.

20.1. DESCUBRIR Y COMPRENDER EL PATRÓN FÁCTICO, LA TEORÍA DEL CASO QUE PROPONEN LAS PARTES Y LA INTERPRETACIÓN NORMATIVA QUE SOLUCIONA EL CASO

En muchas oportunidades, sobre todo cuando no se ha instruido directamente el proceso, el primer contacto que tiene el Juez o Jueza con el expediente se asemeja a una película proyectada lentamente, en la que “mira” cuadros, y a lo sumo un “conjunto de cuadros”, pero todavía no capta la totalidad. Son imágenes borrosas que pasan en el fondo de la caverna.

Cuando el Juez o Jueza se concentra y “mira” con cuidado los “cuadros” que pasan lentamente (al voltear cada folio), se produce un salto cualitativo, y en instantes se encuentra en la etapa de la “admiración”. Entonces queda en la posibilidad gnoseológica de descubrir secuencias o relaciones con un sentido relevante para resolver el caso¹⁶⁹. Así pues, une o enlaza los “cuadros”, para la reconstrucción del caso con la perspectiva de acercarse a la realidad de lo ocurrido, y así empieza la verdadera creación de “la película”, que se reflejará en la sentencia. Este es el momento que podemos identificar como el “contexto de descubrimiento”, al cual alude el Magistrado Villamil Portilla en el módulo “Estructura de la sentencia”.

20.1.2. UN ESQUEMA SENCILLO Y GENERAL DE LAS ETAPAS DEL CONOCIMIENTO

La noción de “contexto de descubrimiento” la podemos comprender mejor, si previamente introducimos el siguiente esquema, que explica en términos muy generales el proceso de conocimiento.

La relación que surge entre el sujeto que conoce y el objeto por conocer, no es una relación real, sino de conocimiento, lo cual implica que puede ser más o menos objetiva o real. Así las cosas, el conocimiento científico es el más objetivo o real. En la medida en que abandona tal cualidad, el conocimiento se torna más subjetivo, v. gr., la poesía.

¹⁶⁹ En el *Tractatus*, Wittgenstein comienza diciéndonos que el mundo es la totalidad de los hechos, no de las cosas. En consecuencia, el mundo será la totalidad de las conexiones entre objetos.

Ahora bien, si hacemos una disección de la forma en que el hombre se relaciona con el medio, podemos distinguir las siguientes etapas básicas, lo cual no significa que se sucedan mecánicamente unas a otras, porque la relación entre la mismas es dinámica o dialéctica, a veces simultánea. Se trata de una explicación pedagógica, o si se quiere, andragógica. Veamos:

En primer lugar el hombre MIRA. Esto significa que el hombre está en capacidad de registrar los estímulos y los cambios provenientes de la naturaleza, por medio de los sentidos, y el cerebro de inmediato los organiza para tratar de darles sentido. En este primer momento el hombre no se diferencia esencialmente del animal, que también tiene la capacidad de percibir tales estímulos. Se utiliza la noción de “mirar” de una manera simbólica, porque parecería el sentido más relacionado con el tema que aquí se toca.

Jean Piaget en términos de psicología de la inteligencia ha precisado lo siguiente:

“[...] los actos de inteligencia sensomotriz consisten únicamente en coordinar entre sí percepciones sucesivas y movimientos reales, igualmente sucesivos; esos actos no pueden reducirse sino a sucesión de estados, ligados por breves participaciones y reconstituciones, pero sin llegar nunca a una representación de conjunto [...] La inteligencia sensomotriz procede, en otras palabras, como una película proyectada lentamente, donde se verían sucesivamente todos sus cuadros, pero sin fusión, sin la visión continua necesaria para la comprensión del conjunto [...]”¹⁷⁰.

El hombre no sólo se queda en la etapa de MIRAR, sino que además ADMIRA. Aquí hay un distanciamiento sustancial del animal. Es la expresión clara de la inteligencia. La admiración significa sorpresa, placer, interés. Es la base misma del conocimiento, es el sustrato del descubrimiento, del pensamiento. Si simplemente se mira y no se admira, las cosas pasan sin ser aprehendidas por el hombre. Valga recordar la anécdota de Newton al ver caer la manzana. La caída de la manzana solo tuvo sentido de descubrimiento cuando dicho fenómeno fue admirado por Newton, es decir, descubrió que tal hecho tan cotidiano y propio de la naturaleza demostraba la existencia de una ley universal, conocida como la fuerza de gravedad. Todos los seres humanos habían MIRADO cuando caía una manzana. Pero Newton, no sólo MIRÓ sino que también ADMIRÓ.

¹⁷⁰ Piaget, Jean. Psicología de la inteligencia. Buenos Aires, editorial Psique, 1976. Pp. 130-131.

Así las cosas, el “contexto de descubrimiento” despierta el conocimiento; nos brinda la chispa que enciende la actividad inteligente.

En la tercera etapa el hombre EXPRESA. Es decir, se comunica con los demás hombres porque tiene interés en hacer notar su admiración, su descubrimiento. El lenguaje se convierte en herramienta esencial, evidencia misma de la conciencia. El lenguaje le ofrece al individuo un sistema coherente de nociones, de clasificaciones, de relaciones, etc., que le permiten avanzar en la siguiente etapa.

En la cuarta etapa el hombre EXPLICA o INTERPRETA. Aquí el hombre no sólo se limita a la comunicación. Al hacer uso de las operaciones racionales superiores el hombre es capaz de construir teorías que explican el mundo. A mi modo de ver, aquí podemos ubicar con mayor claridad el llamado “contexto de justificación” al que se refiere el doctor Villamil Portilla.

Por último, el hombre no sólo explica o interpreta, sino que además TRANSFORMA.

Cuando el contexto de descubrimiento ha llegado a su plenitud, el Juez o Jueza puede asir en el “puño” de la mano el caso; es suyo porque ha descornado el velo de la teoría del caso que propone cada una de las partes; ha descubierto, interpretado y aplicado la normativa que soluciona el caso. Ya tiene una solución, pero aún debe confrontarla con la realización de la justicia, que como jurista y como hombre racional ilumina sus decisiones.

20.2. ARMONIZAR LA SOLUCIÓN NORMATIVA CON LA REALIZACIÓN DE LA JUSTICIA

Como en el mito de la caverna, en esa etapa de descubrimiento, el Juez o Jueza en realidad sólo percibe las “sombras” de los hechos que las partes (con los medios probatorios) han reflejado en el fondo de la caverna, y en consecuencia todavía tiene dudas sobre la verdad de los mismos¹⁷¹, y aún más, no está convencido de que la solución normativa permita la realización de la justicia, pero lo paradójico es que ya ha tomado una decisión, que podemos llamar inicial o de guía, en la que intuitivamente busca la realización de esa justicia, con apoyo o no de la normativa y de la dogmática.

¹⁷¹ Ver Unidad 1 del módulo “Prueba Judicial, análisis y valoración” de Jairo Iván Peña Ayazo, publicado por la EJRLB. Rústica junio de 2007.

20.2.1. LAS DECISIONES DEL JUEZ O JUEZA EN UN ABRIR Y CERRAR DE OJOS

Aunque parezca extraño y poco ortodoxo a la luz de la teoría general del proceso, el Juez o Jueza toma decisiones intuitivas que son el reflejo de sus convicciones y circunstancias.¹⁷² Si evaluamos nuestro quehacer cotidiano, los Jueces o Juezas tenemos que reconocer que la gran mayoría de las veces lo dicho ocurre, y en ocasiones, aún ante un caso difícil o trágico, de máxima duda, en nuestro interior nos inclinamos por una decisión, pero no sabemos cómo sustentarla racionalmente, esto es, que permita un consenso apoyado en la ley o en la dogmática.

¿Recuerda el lector en el texto de “Estructura de la sentencia” la palabreja “noética”?¹⁷³. Pues bien, lo interesante del concepto es que nos permite decir que el pensamiento intuitivo o preconcepto que tiene el Juez o Jueza al momento de enfrentar el reto de dictar la sentencia, no es anárquico.

Jean Piaget nos ayuda al precisar que el pensamiento intuitivo tiene dos niveles: i) “intuición simple”; ii) “intuición estructurada”. En la “intuición simple” hallamos los esquematismos prelógicos, que imitan todavía de cerca los datos perceptivos, aunque es un progreso sobre el pensamiento preconceptual o simbólico. La “intuición estructurada” es una forma de intuición superior que se acerca a las operaciones racionales, aunque conserva la rigidez e irreversibilidad propia del pensamiento intuitivo¹⁷⁴. La “noética” habría de entenderse como un pensar intuitivo estructurado.

Malcolm Gladwell, el *enfant terrible* de la literatura científica americana, publicó un libro titulado “*Blink*” (parpadeo) en el que desarrolla la tesis según la cual, el cerebro del hombre tiene una gran capacidad de cognición rápida, también llamada intuición. Es una percepción subconsciente mucho más rápida que el pensamiento racional, y a veces igual o más efectiva, que determina nuestras decisiones antes de que nos demos cuenta.

¹⁷² Wilfredo Pareto sostiene que en las sentencias judiciales la referencia a la Ley es una explicación *ex post facto* de una decisión a que se ha llegado por otros caminos. “*Las sentencias de los tribunales —escribe— dependen en gran parte de los intereses y los sentimientos operantes en una sociedad en un momento dado, [...]*”. Citado en el libro “La teoría sociológica” de Nicholas Timasheff. México. FCE. 1974.

¹⁷³ La noética tiene que ver con el pensar acerca del pensar, el pensar objetivo o algo así como la ciencia de las leyes del pensar, aunque también se toma como un pensamiento intuitivo.

¹⁷⁴ Piaget, Jean. Op cit. Pp. 139-157.

Estas ideas en el campo jurídico han tenido un profundo desarrollo en las últimas décadas. Por ejemplo, Josef Esser nos indica que en un primer momento el razonamiento jurídico necesariamente se apoya en un singular complejo de decisiones prejurídicas, o que también podríamos llamar las precomprensiones de tal manera, que constituyen precisamente la base en función de la cual se entiende, espontáneamente, el mundo donde uno vive¹⁷⁵.

Duncan Kennedy en su libro “Libertad y restricción en la decisión judicial”¹⁷⁶ nos muestra un interesante panorama de lo que piensa el Juez o Jueza, y de la manera como moldea intuitivamente su pensamiento jurídico, para racionalmente llegar a la “sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar”. En el prólogo de dicho libro, César Rodríguez afirma lo siguiente: “[...] la visión de la sentencia a la que el juez quiere llegar es incluso previa a la búsqueda de los materiales jurídicos que servirían para sustentarla. Dado que en la visión crítica de la práctica judicial se invierte el silogismo, la conclusión (la sentencia) determina la selección e interpretación de las reglas jurídicas y los precedentes relevantes, y no al contrario. El juez, sin embargo, es un artesano limitado por el material con el que cuenta, eso es, por el conjunto de reglas, principios, sentencias, convenciones sociales y argumentos de conveniencia que constituyen el ordenamiento jurídico de su comunidad [...]”¹⁷⁷.

20.2.2. BUSCANDO LA DECISIÓN MÁS JUSTA

Cuando el Juez o Jueza profundiza el ejercicio hermenéutico¹⁷⁸, en uso de los postulados y criterios de interpretación, bajo el supuesto de un equilibrio reflexivo, encuentra que muchas veces la solución del caso no coincide con el ideal de justicia presupuestado en la “sentencia-a-la-que-quiere-llegar”¹⁷⁹.

¹⁷⁵ Citado por Enrique P. Haba, en el ensayo: “Precomprensiones, racionalidad y métodos, en las resoluciones judiciales”, publicado por la revista *Doxa* N° 22 de 1999. El Libro de Josef Esser: “Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien richterlicher Entscheidungspraxis (Precomprensión y elección del método en la labor de encontrar el derecho. Garantías de racionalidad en la práctica de la decisión judicial)”, 1970.

¹⁷⁶ Publicado por las Universidades Andes, Javeriana, Instituto Pensar y Siglo del Hombre Editores, en 1999.

¹⁷⁷ Kennedy, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Univ. Andes, Javeriana, Siglo del Hombre Editores. Bogotá, 1999. p. 81.

¹⁷⁸ Ver módulo de Interpretación Judicial publicado por la EJRLB.

¹⁷⁹ En sentido similar Gadamer nos dice que la idea de un ordenamiento jurídico implica que la sentencia del Juez o Jueza no obedezca a arbitrariedades imprevisibles sino a una ponderación justa del conjunto.

Duncan Kennedy afirma: “[...] Trabajar en procura de un resultado, a mi parecer, hace parte esencial de la situación de un juez. No se trata de ser libre ni de estar maniatado. O, quizá mejor, se puede decir que el juez está a la vez en libertad y maniatado: libre, en tanto que puede orientar su trabajo en la dirección que así lo desee pero restringido por la pseudos-objetividad de la ley tal y como suele aplicarse, la cual el juez podrá (o no) superar. [...]”¹⁸⁰.

Pues bien, aunque estos temas han sido ampliamente desarrollados en los módulos de interpretación y argumentación¹⁸¹, consideramos pertinente hacer unos comentarios puntuales, desde la perspectiva del Juez o Jueza que debe proferir el fallo. Veamos:

Para efectos de entender mejor la noción de interpretación judicial propiamente dicha, parece ilustrativo partir de la palabra “interpretación”, porque descubrimos que etimológicamente se descompone en dos vocablos: el sustantivo *praest o praestatio*¹⁸², precedido de la preposición *inter*, que nos indica intermediación. Este último concepto resulta muy útil, porque nos permite comprender que la interpretación judicial discurre entre dos polos: el “caso” concreto que debe ser regulado y la norma jurídica que ha de regularlo.

Gustavo Zagrebelsky en un ensayo sobre la Corte Constitucional y la interpretación de la Constitución, define el concepto de interpretación en los siguientes términos:

“[...] La interpretación judicial se la puede entonces definir como la búsqueda a partir del caso, en el ordenamiento jurídico, de la norma reguladora adaptada tanto al caso como al Derecho [...]”¹⁸³.

¹⁸⁰ Kennedy, Duncan. Libertad y restricción en la decisión judicial. Univ. Andes, Javeriana, Siglo del Hombre Editores. Bogotá, 1999. p. 107.

¹⁸¹ Ver módulos “Argumentación Judicial” de Pablo Raúl Bonorino, y “Estructura de la sentencia” de Edgardo Villamil Portilla, ambos publicados por la EJRLB.

¹⁸² Zagrebelsky, Gustavo. El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. 3ed. Madrid. Trotta, 1999. p.p. 147-148. Ver Robert Alexy. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. El significado no es claro. Al parecer se refiere a la intermediación de negocios. Otros sostienen que se refiere a la comprensión de la voluntad ajena.

¹⁸³ También se puede consultar: Zagrebelsky, Gustavo. El Derecho dúctil. 3ed. Madrid, Trotta, 1999. Capítulo sobre los jueces y el Derecho.

Tal vez resulta oportuna la reflexión del ex magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, sobre la interpretación de la ley. Veamos:

“[...] El derecho ordinario ha de ser interpretado de acuerdo con el “espíritu” de los derechos fundamentales. En este sentido, la jurisdicción ordinaria está llamada a privilegiar la interpretación teleológica sobre la exegética, dada la primacía de esta parte de la Constitución sobre su cuerpo orgánico y, sobre todo, por ser los derechos fundamentales “fundamento de toda comunidad política, de la paz y la justicia”, según lo establecen las declaraciones internacionales de derechos humanos [...]. El juez debe analizar la legitimidad del fin perseguido por el legislador, determinar igualmente la legitimidad del medio para luego establecer si existe una relación de razonabilidad entre el medio utilizado y el fin que se pretende alcanzar [...]. En síntesis, la conjunción de los métodos tradicionales enriquecidos por una comprensión ampliada de la realidad que incide en la fijación del sentido de las disposiciones, junto con aquellas directrices que se derivan de la particularidad de las normas constitucionales, integran un nuevo paradigma interpretativo, corazón del denominado nuevo constitucionalismo [...]”¹⁸⁴.

Así las cosas, el Juez o Jueza al interpretar la ley, en primer lugar, asume el reto de descifrar el “caso” y desde allí, debe buscar las distintas soluciones que ofrece el Derecho. Cuando la interpretación consigue la mayor armonía posible, entre el “caso” y el Derecho, podemos decir que la interpretación ha sido exitosa. En estos eventos es pertinente aplicar las reglas de interpretación de la ley, en ejercicio de uno u otro postulado y criterio de interpretación, o la combinación de aquellos.

No podemos olvidar que también se presentan situaciones en donde es insoluble el conflicto entre las exigencias del “caso” y las reglas legales vigentes, hasta el punto de cuestionarse o de ponerse en tela de juicio la norma misma, bien por su validez o por su justificación. Nos ubicamos entonces en otra dimensión, en donde el intérprete debe advertir la posible colisión entre una regla legalmente establecida y uno o varios principios constitucionales de derecho. En este terreno, el Estado Social y Constitucional de Derecho, debe hacer prevalecer las exigencias del “caso” sobre la regla legalmente establecida, si la aplicación de esta última afecta sustancialmente uno o varios principios constitucionales¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Cifuentes Muñoz, Eduardo. Derechos Fundamentales e Interpretación Constitucional. Artículo publicado en la Revista Judicial Rodrigo Lara Bonilla N° 6. 1993. pp. 29,41, 43.

¹⁸⁵ Ver el módulo de Filosofía del Derecho publicado por la EJRLB.

Desde otra perspectiva, en tales casos concretos, no tendría aplicación aquella tópica aprendida en las facultades de derecho que resolvía el asunto de un solo tajo: *dura lex sed lex*. Concluimos entonces, que es pertinente hacer un examen del caso para categorizarlo a la luz de los principios, bajo el supuesto de la problemática que implica la coexistencia entre los distintos aspectos que constituyen el derecho (derecho, justicia, ley)¹⁸⁶.

20.2.3. PESE A SUS DUDAS, AL FINAL, EL JUEZ O JUEZA ES LEAL CON EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

En la práctica cotidiana del despacho, en la inmensa mayoría de los casos, el Juez o Jueza se pliega a la ley y a la dogmática consensuada en el foro jurídico (auditorio jurídico II)¹⁸⁷, y para ello seguirá con cierta devoción las subreglas trazadas en las líneas jurisprudenciales del Consejo de Estado. Tal actitud no ha de sorprendernos, porque hay una responsabilidad moral y política de los Jueces o Juezas al interpretar el derecho, y dar solución al caso concreto. Así se destaca de manera enfática en las últimas páginas del texto de “Interpretación Judicial”, con autoría de Rodrigo Uprimny Yepes y Andrés Abel Rodríguez Villabona, publicado por la EJRLB.

Para redondear la idea recordemos la siguiente frase de Alf Ross:

“[...] El juez no es un autómatas que en forma mecánica transforma reglas y hechos en decisiones. Es un ser humano que presta cuidadosa atención a su tarea social tomando decisiones que siente como “correctas”, de acuerdo con el espíritu de la tradición jurídica y cultural. Su respeto por la ley no es absoluto. La obediencia a esta no es su único motivo. A sus ojos la ley no es una fórmula mágica, sino una manifestación de los ideales, actitudes, estándares o valoraciones que hemos denominado tradición cultural [...] Si en la mayoría de los casos el juez decide dentro del campo de la interpretación cognoscitiva, ello es signo de que su conciencia jurídica ha considerado posible aprobar la decisión, o en todo caso, no la ha hallado incompatible con lo “justo” o lo socialmente deseable, en un grado tal que hiciera necesario recurrir a algún expediente para liberarse de las ataduras legales [...]”¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Zagrebelsky, Gustavo. El Derecho Dúctil, ley, derecho, justicia. Madrid. Trotta, 1999.

¹⁸⁷ Al auditorio jurídico II, nos referiremos más adelante.

¹⁸⁸ Ross, Alf. Sobre el derecho y la Justicia. Buenos Aires, Eudeba, 1963. pp. 133, 134.

20.2.4. LOS CRITERIOS TÁCITOS QUE A VECES INFLUYEN EN LA SENTENCIA, PERO QUE POCO SE EXPLICAN O JUSTIFICAN

Eduardo García de Enterría en su libro “Democracia, jueces y control de la administración”¹⁸⁹ llama la atención sobre tres amenazas al control judicial de la administración. Con cierta libertad, a nuestro modo, hacemos referencia a ellas, así:

a) El “*self restraint*” (auto contención o freno judicial): Existe una cierta tendencia de auto restricción, en todo lo que sea legalmente posible, para que la jurisdicción administrativa no invada la órbita del ejecutivo, ni la jurisdicción ordinaria.

b) El “*hands off*” (manos fuera de los asuntos del Ejecutivo, o de no interferencia en su funcionamiento): Complementario del anterior. La administración de manera implícita o explícita siempre está enviando el mensaje al juez para que retire las manos de la administración, porque el legislador le ha confiado esas arduas cuestiones al Ejecutivo, las cuales solo son comprensible en aquel ámbito, y muy poco, o nada, en los estrados judiciales. En consecuencia, el juez se estrella con el llamado “parapeto técnico administrativo” detrás del cual se justifican muchas decisiones de la administración, para ponerlas fuera del alcance del juez administrativo.

c) La deferencia especial brindada a la interpretación de la administración: Este criterio complementa la tríada de criterios, a veces inconfesables, porque se supone que al tener la administración mayor nivel de decisión, se hacen más responsables y además cuenta con profesionales altamente capacitados para resolver, sobre todo, los asuntos técnicos complejos. Se propicia, de esta manera, una justicia acomplexada frente a una supuesta mayor legitimidad de aquellos cuya actuación debe controlar. Incluso, para algunos¹⁹⁰, existe la delegación implícita del Legislativo al Ejecutivo, según lo pregonó el fallo *Chevron*¹⁹¹. Es decir, se pretende

¹⁸⁹ García de Enterría, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la administración*. 4ed. Madrid, Civitas. 1998. pp. 182-194.

¹⁹⁰ Ver T. W. Merrill, citado por García de Enterría. Op. cit.

¹⁹¹ Sentencia *Chevron v. Natural Resources Council* de 1984. Según este fallo cuando el Tribunal establece que el Congreso al hacer la Ley no ha precisado directamente la cuestión que se está enjuiciando, el Tribunal no puede imponer simplemente su propia interpretación de la Ley. Ver García de Enterría. Op. cit. p. 189.

equiparar la interpretación del Derecho por parte del Ejecutivo, al mismo nivel de la Judicial.

No hay que ir muy lejos, para muestra un botón: En nuestro país el Ejecutivo ha tolerado que CAJANAL continúe liquidando las pensiones según su interpretación, y no según las miles de sentencias proferidas en la jurisdicción contencioso-administrativa.

20.3. ARTICULAR DE LA MEJOR MANERA POSIBLE LOS “CUADROS DE LA PELÍCULA” Y LA SECUENCIA DE LOS MISMOS (ESTRUCTURA DE LA SENTENCIA). ¿CÓMO RESOLVER LA PARADOJA DE LA OPACIDAD Y DE LA SENTENCIA INCONCLUSA?

Este tema fue prolijamente abordado en el módulo “Estructura de la Sentencia” publicado por la EJRLB, por ello sólo haré un breve comentario que parece interesante si hacemos la pregunta: ¿Cómo resolver la paradoja de la opacidad y la sentencia inconclusa?

A un buen juez no le puede faltar la navaja de Ockham, sobre todo al momento de sentarse a proferir sentencia. También se ha hablado de las “tijeras de Bentham”¹⁹² porque le dio una estricta aplicación a la navaja de Ockham cuando distinguió, tajantemente, entre derecho y moral.

Guillermo de Ockham¹⁹³ tuvo la gran virtud de separar la ciencia de la teología, e inició el camino de la filosofía libre y abierta a la razón. Esta idea es conocida como la “ley de la economía de pensamiento”, o “ley de la parsimonia” y durante cinco siglos y medio ha sido un pilar de la metodología científica para demostrar su valor metodológico¹⁹⁴.

¹⁹² Término acuñado por Rolando Tamayo Salmorán, profesor de la UNAM (México) en un artículo publicado por la revista Doxa, N° 21, II, 1998, intitulado: “Cómo hacer razones con normas, o cómo convertir normas en razones, o cómo desenredar este lío”.

¹⁹³ Durante la primera mitad del S. XIV, en el punto central del oscurantismo medieval, un monje franciscano, Guillermo de Occam (u Ockham), encendió una pequeña luz que marcó el camino a seguir en el despertar renacentista de Occidente.

¹⁹⁴ Muchos científicos han adoptado o reinventado la navaja de Ockham como Leibniz en su “identidad de observables” e Isaac Newton cuando indicó la regla: “No tenemos que aceptar otras causas de los fenómenos-naturales que no sean aquellas verdaderas y suficientes para explicarlas”. En física se suele utilizar la “navaja”

Lo anterior se traduce en una interesante máxima aplicable a la sentencia judicial: Los entes no deben multiplicarse sin necesidad o no expliques por lo más lo que puedas explicar por lo menos¹⁹⁵. O en otras palabras: “de las explicaciones posibles, la más simple es la correcta”.

20.4. LA PARADOJA DE LA OPACIDAD¹⁹⁶

Cuando en la sentencia se abunda en argumentos, citas y se repiten una y otra vez las ideas, se produce un efecto rebote de opacidad. De allí la insistencia en la asertividad y concreción de la sentencia.

A veces, para simular profundidad de conocimientos, el juez en la sentencia “revuelve el agua clara, para que parezca profunda”. Los temas jurídicos escritos en lenguaje preciso y transparente, pueden y deben ser entendidos por cualquier ciudadano con mediana formación. El conocimiento jurídico debe ser el más democrático y difundido, para la construcción de una sociedad solidaria y respetuosa del derecho. Tenemos que abandonar la idea de una sentencia al estilo de un “constructo abstracto” solo inteligible para los expertos.

20.5. LA PARADOJA DE LA SENTENCIA INCONCLUSA:

Esta es otra paradoja que se aúna a la anterior, porque con frecuencia el juez tiene la sensación de firmar una sentencia inconclusa, a la cual le faltaron muchos otros argumentos. Incluso cuando la sentencia es demasiado corta, algunos tienden a pensar que faltó razonamiento o fundamentación. Pocas veces los Jueces y Juezas podemos decir que nuestras sentencias son “redondas”.

De allí la importancia de la navaja de Ockham, o si se quiere de las “tijeras de Bentham” para saber cortar los “cuadros” de la película que son innecesarios o que poco aportan al argumento central, a la *ratio decidendi*.

para “cortar” conceptos metafísicos. La usaron Einstein, Poincaré, Heisenberg, Hawking, entre otros. La palabra final corresponde a Einstein, quien fue un maestro en grandes frases. Advirtió que “todo se debe hacer tan simple como sea posible, pero no más simple”.

¹⁹⁵ *Entia non sunt multiplicanda sine necessitate*.

¹⁹⁶ Un **material** presenta opacidad cuando no deja pasar la **luz** en proporción apreciable. Es una propiedad **óptica** de la materia, que tiene diversos grados y propiedades. Se dice, en cambio, que un material es **traslúcido** cuando deja pasar la luz, pero de manera que las formas se hacen irreconocibles, y que es **transparente** cuando deja pasar fácilmente la luz.

Un buen juez no teme borrar, cortar, separar, titular, porque sabe que de esa manera podrá tener mayor éxito para superar las dos paradojas señaladas. Tal vez así construya una buena “película”, redonda, verosímil, creíble.

El concepto de auditorio en la sentencia judicial:

Aunque el doctor Villamil Portilla en el texto de “Estructura de la Sentencia” desarrolla el concepto de auditorio desde la perspectiva de varios autores, me parece pertinente hacer hincapié en la propuesta de Perelman. En términos sencillos podemos decir que un auditorio es aquel o aquellos a quienes el orador intenta persuadir o convencer¹⁹⁷, según el caso. El filósofo Adolfo León Gómez en su texto “Teoría de la Argumentación” precisa que “[...] el auditorio no es aquel a quien le interese, o a quien pueda interesarle la argumentación, sino aquel conjunto de personas a quienes el orador intenta persuadir mediante su argumentación [...] El auditorio es una construcción del orador [...]”¹⁹⁸. Una argumentación eficaz supone un puente entre el que escribe y el auditorio real, no el imaginado o desconocido.

Para recrear el concepto de auditorio es útil la anécdota que Perelman trae en su libro “El Imperio Retórico”¹⁹⁹, sobre un consejero aúlico de Dioniso de Sicilia, que se arrodilló para que el monarca lo escuchara. Los amigos le reprocharon tal gesto, a lo cual replicó el consejero, que el príncipe tenía las orejas en los pies.

De allí que resulte muy interesante la propuesta del doctor Villamil Portilla, cuando insiste en la necesidad de escribir no solo para los expertos, sino también, de manera didáctica para el ciudadano corriente.

Ahora bien, los auditorios se dividen en dos grandes grupos: a) Los particulares o restringidos, y el b) auditorio universal. Veamos:

a) **Los auditorios particulares:** En el mundo judicial, la sentencia se escribe básicamente para dos niveles de auditorios particulares:

- Auditorio jurídico de nivel I, restringido a las partes y al juez de segunda instancia. La mayoría de las sentencias proferidas por el juez o el tribunal solo son leídas o discutidas por este auditorio.

¹⁹⁷ Más adelante con Perelman se distinguirán los términos persuadir y convencer.

¹⁹⁸ Gómez Giraldo, Adolfo León. Teoría de la Argumentación. Cali, Alego Editores, 2001. p. 50.

¹⁹⁹ Perelman, Chaïn. El imperio retórico. Bogotá, Norma, 1998. Traducido y prologado por el filósofo Adolfo León Gómez Giraldo.

- Auditorio jurídico de nivel II, que puede ser más o menos amplio, cuando trasciende a la comunidad jurídica nacional e incluso internacional, constituida por los profesionales del derecho, y personas interesadas en asuntos del derecho. Normalmente las sentencias de los órganos límites tienen este auditorio de nivel II.

b) **El auditorio universal:** Ha de entenderse como el conformado por la humanidad razonable. Es el conjunto de todos los seres humanos adultos, razonables y competentes. Adolfo León Gómez precisa que el auditorio universal no es real, sino ideal, es una especie de horizonte que puede ser ampliado en virtud del mayor conocimiento. Muy pocas decisiones judiciales alcanzan este nivel.

Es del caso retomar un párrafo de Perelman, en donde además de ayudarnos a distinguir los auditorios particulares del universal, precisa los conceptos de persuasión y convencimiento. Veamos:

“[...] La distinción entre los discursos que se dirigen a algunos y los que serían válidos para todos, permite hacer comprender mejor lo que opone el discurso persuasivo al que pretende ser convincente. En lugar de considerar que la persuasión se dirige a la imaginación, al sentimiento, en resumen al autómatas, mientras que el discurso convincente hace un llamado a la razón, en lugar de oponer uno a otro, como lo subjetivo a los objetivos, se los puede caracterizar de una manera más técnica y también más exacta, diciendo que el discurso dirigido a un auditorio particular busca persuadir, mientras que el dirigido al auditorio universal busca convencer [...] Un discurso convincente es aquel cuyas premisas y argumentos son universalizables, es decir, aceptables, en principio, por todos los miembros del auditorio universal [...]”²⁰⁰.

Como es obvio, se espera que la sentencia judicial busque convencer y por ello debe ser austera, asertiva. Cualquier intento de “persuasión” recurriendo al efectismo, o la pirotecnia retórica, es una falacia judicial no justificable²⁰¹.

²⁰⁰ Perelman, Op. cit. p. 39.

²⁰¹ Aunque Aulis Aarnio, en la revista *Doxa* N° 8 de 1990 afirma lo siguiente: “[...] En realidad, la argumentación dirigida a la comunidad jurídica incluye elementos persuasivos porque la gente no satisface los criterios de Hércules J. Somos demasiado humanos, demasiado débiles y demasiado proclives a manejar a los demás como para dejar ser seres ideales. En nuestras discusiones ocultamos toda suerte de factores azarosos [...]” Ver artículo “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”.

www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01471734433736095354480/index.htm

20.6. SENTENCIA Y LEGITIMIDAD

Es del caso resaltar el discurso sobre la legitimidad que en buena hora deja traslucir el doctor Edgardo Villamil Portilla, al referirse a la necesidad e importancia de la justificación y/o motivación de la sentencia.

La unidad dos de aquel texto no es un asunto puramente formal o especulativo. Al contrario, tiene un fuerte contenido de legitimidad, el cual debe destacarse, para que los funcionarios (as) judiciales seamos conscientes del rol que desempeñamos en el ejercicio democrático, y la responsabilidad que asumimos al momento de escribir la sentencia, no solo por la decisión, sino también, por la manera en que escribimos y argumentamos en la misma.

Recordemos esta frase para introducir el tema:

“[...] podemos afirmar que una de las funciones de la motivación está atada a la posibilidad de impugnar las decisiones judiciales y, por esta vía, a incrementar la legitimidad de la decisión, en tanto una adecuada motivación facilita la confrontación dialéctica [...]” (p. 37). “[...] Estar consciente de que la sentencia es el lugar de encuentro de muchos intereses y miradas, es bastante útil para estar en vigilia, porque la legitimidad del sistema se juega en cada en cada uno de los fallos judiciales. [...]” (pp. 67-68).

Lo anterior nos indica que la sentencia contribuye de manera directa con la legitimidad del sistema judicial, y por ende, del Estado Social de Derecho si reúne las siguientes características: i) Si se redacta de tal manera que minimice toda sospecha de irracionalidad atávica. ii) Si los argumentos son claros y precisos de tal suerte que faciliten la contradicción para efectos de la segunda instancia (si es el caso), como etapa de consolidación y por tanto de legitimación de la decisión judicial. iii) Si evita la falacia de mimetismo. iv) Si se escribe pensando en los diferentes auditorios destinatarios de la sentencia, especialmente las partes no especializadas. v) Si precisa cuáles son los hechos relevantes y por ende los problemas jurídicos principales que se resuelven. vi) Si son explícitos los argumentos centrales que sustentan la sentencia. vii) Si cita el precedente jurisprudencial con un adecuado resumen y con conocimiento de la línea jurisprudencial en la que se inscribe. viii) Si en general cumple con los requisitos básicos de una comunicación asertiva: respetuosa, corta, precisa, clara, debidamente ordenada, etc.

A contrario sensu, la sentencia debilitará la legitimidad de la administración de justicia, si: 1) Es extensa y farragosa. 2) Está deficientemente redactada. 3) No tiene en cuenta las partes o los auditorios a los cuales se dirige. 3) Se mimetiza para dar la apariencia de lo que no es. 4) Se utiliza para escribir temas impertinentes, tal vez propios de un libro, una conferencia, o un acto académico, pero no de un acto jurisdiccional que resuelve un caso concreto. Esto lo podríamos llamar la “anarquización de la sentencia”. 5) Se escribe sólo pensando en el superior funcional, lo que podríamos llamar el síndrome del “adqueísmo”. 6) Transcribe extensas citas jurisprudenciales inoficiosas, impertinentes. 7) No resume los hechos, ni hace una adecuada clasificación de los hechos relevantes. 8) No define con claridad cuáles son los problemas principales que debe resolver la sentencia. 9) No subtitula o en general no resume las ideas para una comunicación asertiva.

20.7. LA SENTENCIA DEBE MINIMIZAR TODA SOSPECHA DE IRRACIONALISMO ATÁVICO²⁰²

Es sabido que en las sociedades primitivas, el procedimiento expiatorio entre los clanes, así como en la administración popular de la justicia, se fundaba en las representaciones mágicas o divinas, con un oráculo o juicio de Dios, absolutamente incuestionables. Se trataba de procedimientos formales dirigidos a la invocación de poderes mágicos o divinos, y así, supuestamente, se obtenía una sentencia “justa” desde el punto de vista material, a través del carácter irracional y sobrenatural de los medios procesales de decisión. Valga recordar la llamada justicia de Cadí²⁰³, en donde no hay fundamentos “racionales de la sentencia”²⁰⁴. O las famosas pruebas corporales llamadas ordalías a las cuales ya nos referimos en la Unidad 12 (segunda parte). Así las cosas, la decisión del asunto descansaba en los designios divinos o las fuerzas de la naturaleza y por tanto, todos los actores y observadores aceptaban con resignación el desenlace. La legitimidad era sólida como una roca.

²⁰² Atavismo: tendencia a imitar o a mantener formas de vida, costumbres, etc., arcaicas. Diccionario Vox.

²⁰³ Expresión que fue creada por R. Schidt, según nota de Weber.

²⁰⁴ Cadí: Entre los árabes, el que juzga o decide. Funcionario cuya principal misión es administrar justicia. También puede tener otras atribuciones, como expedir las actas de matrimonio, mantener el orden público en las calles y plazas, cuidar de la correcta gestión de los bienes de los incapaces.

Los procedimientos judiciales romanos, en la época de la República, consistían en una mezcla peculiar de elementos racionales, empíricos y aun de justicia del Cadí. Fue en las postrimerías del Imperio Romano, cuando el derecho alcanzó un alto grado de racionalidad, como un sistema coherente, científicamente utilizable, constituido por “leyes” y conceptos jurídicos, que lo distinguió de productos del oriente y de las culturas helenísticas. De allí el éxito indiscutible del derecho romano.

En ese orden de ideas, uno de los pilares del derecho moderno es la conservación de la legitimidad en términos de aceptación por los ciudadanos, no sólo del sistema racional de reglas de derecho, sino también y fundamentalmente, por la aceptación de los fallos de los jueces (zas).

La legitimidad hace referencia a la aceptación por parte de los hombres, del uso del poder o de la dominación, en nuestro caso, de las decisiones judiciales²⁰⁵.

La administración de justicia plenamente desarrollada funciona en un sentido especial: *sine ira et studio* (sin prejuicio o favoritismo). Su índole especial reclama de ella la exclusión del amor y el odio y de todo sentimiento puramente personal, especialmente irracional y no calculable, en la realización de las funciones jurisdiccionales.

Por tanto, la motivación interna de la sentencia, y su justificación externa, en gran medida busca despejar cualquier sospecha de irracionalidad atávica. De allí el llamado del doctor Villamil Portilla al indicar que la legitimidad del sistema se juega en cada uno de los fallos judiciales.

Los autores del texto sobre interpretación judicial, Rodrigo Uprimny Yepes y Andrés Abel Rodríguez Villabona, son todavía más enfáticos con la siguiente frase:

“[...] Es posible afirmar que en los últimos años los jueces, y en especial las altas corporaciones, han actuado en nuestro país con una cierta impunidad, pues no ha habido un seguimiento crítico, de parte de las universidades y centros de investigación, de la consistencia de sus argumentaciones y fallos, así como de la aceptabilidad social de sus criterios jurídicos. Así, desligados de una crítica académica y democrática, los jueces tienden a ser permeables entonces a otras influencias menos confesables. Por ello, si queremos una judicatura democrática, es

²⁰⁵ Lacordaire dijo: “[...] No se puede reinar sobre los hombres cuando no se reina sobre sus corazones [...]”.

importante el desarrollo de una fuerte crítica desde la sociedad, en general, y desde la academia, en particular, a la actividad social [...]”²⁰⁶.

20.8.LA APELACIÓN Y LA LEGITIMACIÓN DE LA SENTENCIA

Podemos decir, que cuando la parte pierde en primera instancia y apela ante el superior, no solo hace uso de un simple derecho procesal, sino también, que es un interesante acto de reconocimiento de la legitimidad de aquella superioridad para revocar, modificar o confirmar la decisión que no comparte.

La deformación profesional nos lleva a minimizar el recurso de alzada como un simple acto procesal que debe interponerse dentro de un perentorio término legal, con el fin de instrumentar la doble instancia. Desde una perspectiva material, la apelación es un eficiente mecanismo de legitimación de la administración de justicia, porque brinda seguridad al ordenamiento jurídico, pero ante todo, porque un perdedor, contrariado por la decisión del Juez o Jueza, puede continuar aduciendo sus pretensiones, sin desafiar la legitimidad del sistema jurídico.

Cuando el Juez o Jueza estampa su firma en la sentencia de primera instancia, muy en su interior y a veces en forma explícita desea que sea apelada, sobre todo cuando tiene dudas. “Espero que la apelen para ver qué dice el Tribunal o el Consejo de Estado”, es un pensamiento conocido entre los que dispensamos justicia. Y cuando se firma la sentencia de única instancia, el Juez o Jueza queda con un cierto desasosiego por no existir ese mecanismo disipador de responsabilidades. La derrotabilidad de la sentencia por vía del recurso legitimador queda cercenada, y en cambio se abre la posibilidad de la derrotabilidad por ausencia de consenso en el auditorio II, esto es, el foro jurídico, que evidentemente puede afectar el prestigio del Juez o Jueza.

La misma posibilidad de llevar a cabo la apelación, aunque no se realice efectivamente, es un medio de dar al perdedor la oportunidad de adaptarse gradualmente a su situación, aunque sea simplemente para salvar las apariencias ante sus amigos o enemigos. “[...] el perdedor puede abandonar la sala con la cabeza

²⁰⁶ Ver texto de Interpretación Judicial publicado por la EJRLB, p. 208.

alta, aludiendo la apelación, pero acepta su derrota lentamente, privadamente, pasivamente [...] (Shapiro, 1981)²⁰⁷.

Hay que decir, que cuando más alto es el nivel de la apelación, más se convierte en un asunto de los juristas. Así las cosas, en la lejanía del Consejo de Estado, la solución final se establece mediante tecnicismos que exceden la capacidad del hombre medio. Este último, a la postre, asimila el litigio como un asunto fuera de su alcance y en consecuencia, termina aceptando con resignación el desenlace del pleito²⁰⁸.

Lo dicho sirve para entender, en parte,²⁰⁹ la razón por la cual algunos abogados y abogadas se esfuerzan (más allá de lo razonable) en justificar cuantías de las pretensiones que le permita acceder al Consejo de Estado como Juez o Jueza de segunda instancia, aunque ello alargue el tiempo de litigio. En términos coloquiales podemos resumir la idea: es mejor “perder en el Consejo de Estado que en el Tribunal” porque el órgano límite propicia mayor legitimidad ante su cliente.

20.9. LA MIMESIS Y EL MIMETISMO Y LA LEGITIMACIÓN DE LA SENTENCIA²¹⁰

En el capítulo sobre la mimesis judicial, el doctor Villamil Portilla²¹¹ llama la atención sobre lo que podríamos denominar las falacias de legitimación, que buscan eludir los puntos centrales de una verdadera legitimación por vía de una correcta y transparente argumentación de la sentencia. Por ello el texto empieza con esta categórica frase: “[...] Se transfiere legitimidad por la vía de la fundamentación [...] (p. 59).

Parece pertinente hacer notar que el esfuerzo argumentativo de la sentencia en el sentido de demostrar la sujeción a la ley o la similitud con sentencias de alto

²⁰⁷ Citado por Roger Cotterrell en “Introducción a la sociología del derecho”. Ariel, Barcelona. 1991. p. 203.

²⁰⁸ Cotterrell. Op. cit. p. 203.

²⁰⁹ En algunos casos: entre más tiempo de litigio mejor para el abogado (a), con el fin de ejercer el “*dominus litis*”, y acrecentar la bolsa de una posible indemnización.

²¹⁰ El término mimesis proviene del griego *mimesis* que significa imitar a una persona en el modo de hablar y gesticular, para burlarse de ella. El término mimetismo, proviene de la palabra griega *miméomai* que se refiere a la cualidad que tienen algunos animales para parecerse a seres y objetos del medio en que viven, que sirve para protegerse o disimular su presencia.

²¹¹ La Estructura de la Sentencia, publicado por la EJRLB.

rango, en sí y de por sí es un recurso válido siempre y cuando no se convierta en falacia de mimetismo.

Si asumimos el concepto mimesis, en el buen sentido, como una capacidad de imitación, podemos concluir que de una manera u otra todas nuestras sentencias se han perfeccionado, en gran medida, porque imitan las sentencias de las altas cortes, o cuando menos, las del superior funcional. De un lado, la imitación es una de las maneras más eficientes del aprendizaje, sobre todo si se tiene un buen modelo para imitar. Y de otro lado, la mimesis, en el buen sentido, es un valioso recurso retórico, porque implica un fuerte argumento de autoridad.

Ahora bien, el texto nos permite proponer una clasificación de la mimesis para efectos de mayor precisión, así: 1) Mimesis de la sentencia respecto de la Ley, que se hace evidente cuando en la sentencia se transcribe o se parafrasea el texto legal. 2) Mimesis de la sentencia respecto del precedente jurisprudencial, cuando adopta el modelo argumentativo de otras sentencias y lo aplica correctamente al caso bajo examen.

Pero la idea anterior se distorsiona si la mimesis degenera en el mimetismo, esto es, la capacidad de camuflaje o de simulación de la sentencia, cuando aparenta lo que en realidad no contiene.

Aunque en algunos párrafos el doctor Villamil Portilla se refiere a la mimesis, por ejemplo, cuando desarrolla el interesante concepto de transferencia de la legitimidad de la ley a la sentencia²¹², personalmente creo que el autor, en conjunto, hace más énfasis en la falacia del mimetismo.

En efecto, el mimetismo supone una falacia de legitimidad, puesto que la sentencia se arroja con terminología legal, y con abundantes citas jurisprudenciales, para disimular su inconsistencia argumentativa, bien porque pasa por alto premisas fácticas, o bien porque soslaya el problema jurídico central, y tal vez se abordan otros asuntos menores. De allí su frase: “[...] *Parte del examen crítico de las sentencias consiste en desvelar que no siempre hay tal sujeción estricta a la ley, sino un acto de mimetismo [...]*” (p. 60).

En consecuencia, también resulta válida la distinción entre 1) “mimetismo legal” y 2) “mimetismo jurisprudencial”.

²¹² Ver p. 60 del texto Estructura de la Sentencia.

El mimetismo jurisprudencial puede adoptar múltiples modalidades, así:

a) Abundancia de citas jurisprudenciales pertinentes, que terminan en una falacia de relevancia y por tanto hacen “ruido” en la sentencia, lo cual dificulta el entendimiento del problema jurídico central y la decisión. Se desvía la atención del caso concreto, para ocultar las deficiencias argumentativas.

b) Citas impertinentes, que no tiene relación directa con el caso bajo examen (tal vez toca un aspecto, pero no el conjunto) y de allí se deduce falazmente que las subreglas de derecho examinadas en el precedente jurisprudencial se aplican mecánicamente al caso bajo examen, cuando en realidad hay diferencias fácticas o jurídicas notables. En estos casos podemos encontrar una falacia por generalización apresurada o también, una falacia por conclusión inatente.

De allí la importancia que tienen las líneas jurisprudenciales del Consejo de Estado, porque en la medida que logremos investigarlas y divulgarlas, quedarán al desnudo las falacias del mimetismo en las sentencias.

20.10. EXPLICAR Y JUSTIFICAR LA SECUENCIA (ARGUMENTACIÓN)

Cuando el Juez o Jueza redacta en la sentencia las razones por las cuales escoge uno u otro “cuadro” de la “película”, una u otra secuencia, entonces nos encontramos en el “contexto de justificación”. Aquí se defiende de manera explícita o implícita (premisas tácitas) la forma como armó la película (justificación de) y la consistencia interna, se fundamentará en la solidez de los argumentos deductivos o inductivos (justificación en).

La mejor “película” será aquella que retome los “cuadros” más relevantes, y aborde los conflictos (problemas jurídicos) centrales, de tal suerte que el espectador tenga una secuencia completa, sólida, con una estructura inteligible, razonable, y ante todo, verosímil²¹³.

²¹³ No hay verdades absolutas, menos en derecho. El proceso no es una realidad, sino una reconstrucción de la realidad. En la sentencia no hay hechos, sino reconstrucciones de los hechos. La sentencia no es verdadera, pero sí debe ser verosímil, esto es, no es la verdad, pero crea la apariencia (una buena apariencia, no una falacia) de ser la verdad. Una sentencia tiene mayor probabilidad de ser justa, si reconstruye los hechos de tal suerte que se acerque a la verdad.

Recordemos esta frase del doctor Villamil Portilla:

“[...] probablemente la interpretación acontece en un contexto de descubrimiento. Por el contrario, la argumentación estaría en el dominio del contexto de justificación de lo que fue descubierto, lo cual comporta la narrabilidad del proceso de descubrimiento [...]”²¹⁴.

Por su parte Manuel Atienza²¹⁵ nos dice que las decisiones y en general las acciones humanas pueden observarse desde dos tipos de razones: explicativas y justificativas. Las primeras tratan de dar cuenta de porqué se tomó una determinada decisión (la causa que la motivó, para qué, la finalidad perseguida). Las segundas, están dirigidas a lograr que la decisión resulte aceptable o correcta, y por tanto tiene relación directa con la adecuada escogencia de los problemas jurídicos relevantes, y la pertinencia de los argumentos que sustenta la decisión judicial.

Sin embargo, precisa el autor, explicar y justificar son operaciones que muchas veces se entrecruzan. Así, del mismo modo que las cuestiones de justificación cumplen un papel en la explicación, esta última facilita la justificación.

¿Recuerda el lector el término “dianoética” utilizado en el módulo de Estructura de la Sentencia?, pues aquí tiene su importancia, porque se trata del pensar por razones, es el pensamiento discursivo. No se limita a la captación inmediata de la realidad como la noésis. Entendemos, entonces, que la dianoética se desarrolla en el contexto de justificación o de la argumentación.

Los argumentos más comunes en la sentencia judicial pueden adoptar diferentes formas, pero en últimas, a nuestro modo de ver, y desde un punto de vista pragmático para el Juez o Jueza, se clasifican así:

a) Los argumentos centrales o principales, que resuelven los problemas jurídicos centrales o principales en el caso específico que se decide. Estos argumentos centrales pueden adoptar la forma del llamado silogismo judicial, o bien un complejo ejercicio de ponderación de principios en los llamados casos difíciles, en donde se recurre a los argumentos de razonabilidad²¹⁶. Los

²¹⁴ Villamil Portilla, Edgardo. La Estructura de la Sentencia. Publicado por la EJRLB, p.92.

²¹⁵ Atienza, Manuel. Derecho y argumentación. Bogotá, Univ. Externado. 1997. pp. 31-33.

²¹⁶ Robert Alexy se refiere a la justificación interna, como un asunto que se ha discutido bajo el rótulo de silogismo jurídico, y propone aplicar los métodos de lógica moderna. Ver Teoría de la Argumentación Jurídica: teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 214-216.

sub-argumentos²¹⁷ que apoyan las premisas de los argumentos centrales o principales.

b) Dependiendo del caso concreto, los subargumentos pueden referirse a los siguientes puntos, entre otros:

- Los argumentos explicativos que dan cuenta de las razones por las cuales se adopta una u otra postura interpretativa; se acoge una u otra premisa normativa; se valora o no una prueba que da cuenta de un hecho relevante para la decisión.
- Los argumentos relacionados propiamente con la interpretación judicial, que pueden referirse a un problema jurídico interpretativo, bien por selección de la norma, la presencia de una antinomia, de laguna normativa, derogación normativa, jerarquía normativa, vigencia de la norma, jerarquía de fuentes, métodos de interpretación, jerarquía de los métodos de interpretación, etc.
- Argumentos explicativos que se relacionan directamente con los aspectos fácticos o probatorios en el caso concreto, bien porque se acepta un medio probatorio (testimonio, dictamen pericial, documento, etc.) que da cuenta de un hecho, bien porque se niega valor probatorio, o bien porque se considera no probado un hecho relevante en el caso que se juzga.

20.11. LOS ARGUMENTOS DE RAZONABILIDAD EN LA SENTENCIA

En este ensayo nos interesa destacar la importancia que tienen los argumentos de razonabilidad en las sentencias que se profieren en la jurisdicción contencioso-administrativa. Veamos los eventos en donde son comunes este tipo de argumentos:

a) En la mayoría de las acciones populares es necesario recurrir a los argumentos de razonabilidad, cuando se pondera respecto de una medida u omisión de la administración, y la pertinencia de una única solución razonable. Pocas veces tenemos a la mano una norma jurídica que guíe la decisión del Juez o Jueza. A lo

²¹⁷ No olvidemos que dependiendo del caso, los puntos señalados como propios de los subargumentos, puede construirse como argumento central o principal. No hay una regla mágica para definir en uno u otro sentido, porque las posibilidades son múltiples. Todo depende de la manera como se construya la “película”.

sumo, el Juez o Jueza cuenta con unos rudimentos dogmáticos que se han empezado a construir en la jurisprudencia cuando se ha indicado en qué casos puede y debe intervenir directamente en las decisiones de la administración para efectos de amparar los derechos colectivos que se consideran vulnerados. Así ocurre, también, cuando en la acción popular hay que decidir sobre recursos escasos. La misma calificación de vulneración de un derecho colectivo implica un ejercicio de ponderación y razonable cuantificación.

b) Cuando el Juez o Jueza administrativo tiene que valorar y cuantificar, v. gr., los perjuicios morales, o el daño a la vida de relación, indudablemente debe apertrecharse en los argumentos de razonabilidad, y a lo sumo citar por vía de autoridad lo ya dicho en las sentencias del Consejo de Estado, que contienen una alta carga argumentativa en tal sentido.

c) En las sentencias sobre responsabilidad administrativa al hacer el análisis de la causalidad también el eje argumentativo se sustenta en la razonabilidad.

20.11.1. ¿CUÁLES SON LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS ARGUMENTOS DE RAZONABILIDAD Y/O PROPORCIONALIDAD?

La teoría jurídica alemana (Tribunal Constitucional Alemán) ha enseñado que el concepto de razonabilidad sólo puede ser aplicado satisfactoriamente si se concreta en otro más específico, que conocemos como proporcionalidad.

A su vez, el principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios o mandatos parciales²¹⁸:

La adecuación (útil, apropiada o idónea): Debe ser un medio útil, o apto para la consecución de un bien colectivo.

La necesidad (indispensable): No debe existir otro medio igualmente eficaz y menos limitativo para satisfacer el interés colectivo.

La ponderación (proporcionalidad en sentido estricto): Debe darse un equilibrio entre el perjuicio que sufre el derecho fundamental limitado y el beneficio que de ello se deriva a favor del bien colectivo.

²¹⁸ Rodríguez de Santiago. La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo. Madrid, Marcial Pons, 2000. p. 25.

Según Manuel Atienza²¹⁹, no es posible una caracterización completa de lo que podemos llamar “decisión jurídica razonable” en términos cerrados o fuertes. El esfuerzo de los teóricos que han analizado el concepto se centra en encontrar un criterio o, por lo menos, un esbozo de criterio que evite la decisión judicial sustentada en el puro arbitrio del Juez o Jueza. Así surgen varias preguntas esenciales para orientar la decisión: ¿Cómo encontrar un equilibrio en la decisión si tenemos en conflicto o colisión dos o más valores o derechos? ¿Cuándo nos encontramos ante un caso trágico? ¿Cómo atribuir peso a las diversas exigencias? ¿Qué solución, entre las varias posibles propuestas de hecho, puede considerarse como la más razonable o la que más se aproxima al equilibrio óptimo?

Atienza considera que la única respuesta posible a tan delicados interrogantes la podemos encontrar en la idea de consenso, es decir, según las circunstancias históricas concretas, la decisión que se debe tomar en cada caso concreto sería aquella que pueda verse como aceptable por la comunidad. Y si se tratare de varias decisiones, buscar aquella que tenga mayor aceptabilidad.

El consenso ha de entenderse en dos sentidos distintos: consenso fáctico y consenso ideal o racional.

El consenso fáctico ha de entenderse como la aceptación en una comunidad determinada, en este caso en una comunidad jurídica (auditorio jurídico II). Dicho consenso presenta una dificultad puesto que se presentan factores perturbadores como son los prejuicios sociales, el nivel de información del auditorio, la distinta habilidad argumentativa de quienes sostienen una u otra opinión y, en general, una serie de circunstancias que nublan las posibilidades de identificar una “opinión mayoritaria” y ante todo una “opinión razonable”.

Este consenso fáctico de una u otra manera operaría, muchas veces como un consenso hipotético, el cual ha de entenderse como una especie de espectador imparcial al cual ya se había referido Perelman al desarrollar la idea de auditorio universal; o la llamada posición originaria de Rawls; o también en la llamada comunidad de diálogo a la cual se refiere Habermas. Así encontramos el consenso entre agentes racionales, suficientemente imparciales y libres, o bien entre agentes que discuten siguiendo las reglas y principios del discurso práctico racional.

²¹⁹ Atienza, Manuel. “Para una razonable definición de razonable”, artículo publicado en la revista *Doxa* N° 4, de 1987.

Atienza considera que para lograr ese consenso se debe proceder no de “arriba abajo” sino de “abajo arriba” para encontrar esos puntos de acuerdo. En realidad no sería otra cosa que los lugares comunes de la tópica, desde la perspectiva de Viehweg²²⁰.

En definitiva, se debe combinar el consenso ideal o racional de los expertos, en este caso de los juristas, con el consenso fáctico que ha de escudriñarse en las comunidades que de una manera u otras resulten afectadas o beneficiadas por una decisión judicial.

Carlos Bernal Pulido, en su estudio “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales” nos aporta elementos para entender el concepto de racionalidad, así:

“[...] De la racionalidad de la decisión judicial se habla, cuando se intenta establecer cuáles son las condiciones que deben cumplir las decisiones del juez para que puedan ser consideradas racionales. El catálogo de estas condiciones suele ser bastante amplio. A este catálogo se adscriben, según ha especificado J. A. García Amado: la consistencia de la justificación, la clara exposición de las valoraciones, la corrección lógica de la argumentación, la adecuada prelación entre argumentos, la capacidad para concitar el consenso, la observancia de las reglas procesales y el pronóstico de las consecuencias de la decisión y de sus efectos en el sistema jurídico [...]”²²¹.

Ahora bien, la mejor manera de entender los argumentos de razonabilidad es distinguiéndolos de los argumentos de racionalidad jurídica. Veamos:

El concepto de razonabilidad o razonable se contrapone al concepto de racionalidad o racional. Aunque esta distinción no es uniforme entre los distintos teóricos, a la luz de Manuel Atienza y para efectos de este ensayo resulta útil dicha diferenciación.

Las características más importantes que diferencian los conceptos de racionalidad y razonabilidad jurídica, son los siguientes:

a) Los argumentos de racionalidad jurídica se caracterizan por lo siguiente:

²²⁰ Más adelante presentaré una lista de los loci, topoi o brocados más comunes en las sentencias judiciales.

²²¹ Bernal Pulido, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 235.

- Respetan las reglas lógicas deductivas;
- Se fundamentan en los principios de racionalidad práctica, esto es, la consistencia, eficiencia, relevancia, coherencia, etc.;
- En primer lugar busca fuentes de derecho vinculante;
- Por lo mismo resulta, hasta cierto punto, previsible;
- No utiliza como elementos decisivos, criterios éticos, políticos o sociales.

b) En cambio los argumentos de razonabilidad se caracterizan por lo siguiente:

- *Prima facie*, deben ser subsidiarios de las decisiones de racionalidad jurídica; o cuando más, complementarios de los argumentos de racionalidad jurídica;
- Los conflictos normativos o los dilemas, se resuelven mediante la ponderación o balanceo de principios;
- Los argumentos de razonabilidad tienen claros y explícitos fundamentos éticos y políticos;
- En los casos trágicos se toma la decisión que cause menos daño.

Cuando el Juez o Jueza adopta decisiones con base en criterios no estrictamente racionales, es decir de razonabilidad, entonces el problema jurídico principal será contraposición entre valores o principios (pertenezcan todos o no al Derecho positivo), que deben sopesarse hasta llegar a un equilibrio o modulación para el caso concreto. Dicho equilibrio, afirma Atienza, naturalmente, no se encuentra siempre (quizá nunca) en el “término medio”, puesto que los valores pueden no tener el mismo “peso” de manera que el equilibrio se encontraría entonces en un punto más próximo a un extremo que a otro. El equilibrio no consiste, pues, en que cada uno ceda “lo mismo”.

En algunos casos el punto de equilibrio no es difícil de lograr, porque la doctrina o los antecedentes jurisprudenciales ofrecen una jerarquía más o menos clara de valores o derechos. Por ejemplo, cuando en la contraposición o colisión de derechos está involucrado o hay conexidad con un derecho fundamental, que por

obvias razones inclina la decisión hacia este último. Estos casos no serían difíciles en sentido genuino, siempre que puedan verse como casos con una única solución aceptable (en cuanto que es aceptada sin discusión).

En otros casos, que podemos calificar como genuinamente difíciles, que presentan un conflicto entre valores, o entre exigencias que derivan de valores, que tienen, o cabe plantear que tienen el mismo rango jerárquico. Por ejemplo, si están involucrados dos o más derechos fundamentales.

Generalizando, indica Atienza, podría decirse que un caso es difícil cuando en relación con el mismo cabe encontrar, en principio, más de un punto de equilibrio entre exigencias contrapuestas, pero que necesariamente hay que tomar en consideración en la decisión y por tanto, hay que justificar una decisión en un sentido u otro. El equilibrio óptimo de la decisión (o decisiones) se alcanzaría si se satisficieran no solo las exigencias esenciales, sino también otras exigencias no esenciales, de acuerdo con el distinto “peso” atribuido a cada una, y con los criterios y reglas de decisión que se utilicen.

Pese a lo complejo del asunto, podría decirse, sin ser un axioma, que en casi todos los casos jurídicos, parece encontrarse una solución (al menos una) que logra un equilibrio mínimo. Un caso será así más o menos difícil, según sea mayor o menor la dificultad para determinar la decisión óptima, sin que pueda decirse que es la única solución correcta en términos de Dworkin.

Atienza llama la atención de los casos denominados trágicos, cuando no existe ninguna solución que se sitúe por encima del equilibrio mínimo, es decir, nos encontraríamos en frente de un dilema, en cuyo caso se debe optar por la decisión menos gravosa o menos dañina. Podría ser el caso cuando se trata de confrontar valores últimos de un sistema (digamos valores morales), no cabe ya recurrir a ningún otro valor superior.

Sobre los casos trágicos Atienza dice lo siguiente: “[...] Y ahora habría que plantear la cuestión de si, en relación con casos trágicos, puede hablarse de alguna manera de decisiones justificables o razonables. Mi respuesta sería que solo podrían hacerse en un sentido más bien débil. Ciertamente, en tales conflictos podría utilizarse las mismas reglas que en los casos simplemente difíciles (por ejemplo, la de no sacrificar ninguna exigencia de rango superior en aras de alguno de rango inferior), pero lo que cambia es que ahora la decisión no puede pretender ser equilibrada, en cuanto se ha sacrificado algo esencial. En definitiva, una decisión en

tal contexto sería razonable tan sólo en el sentido de que se puede dar razón a favor de su adopción que son mejores que otras. La jurisdicción sería, cabría decir, tan solo relativa: La decisión en cuestión no es buena, pero es la mejor posible [...]”²²².

Por su parte, las altas Cortes también han diferenciado de una manera u otra los conceptos de racionalidad y razonabilidad jurídica²²³.

En efecto, ha explicado la Corte Constitucional Colombiana que la razonabilidad “[...] hace relación a un juicio, raciocinio o idea que esté conforme con la prudencia, la justicia o la equidad que rigen para el caso concreto. Es decir, cuando se justifica una acción o expresión de una idea, juicio o raciocinio por su conveniencia o necesidad. La racionalidad, en cambio, expresa el ejercicio de la razón como regla y medida de los actos humanos. Es simplemente producto de la esencia racional del ser humano [...]. Por lo anterior, es posible afirmar que no es improbable que se presente la eventualidad de que un trato desigual ‘racional’ –en el supuesto hecho, el trato desigual y la finalidad sean coherentes entre sí– no sea ‘razonable’, porque la finalidad perseguida no es constitucionalmente admisible, como tampoco cabe desechar que unos supuestos de hechos distintos con una estructura razonable sea objeto de una diferenciación irracional [...]” (Sentencia T-445/94).

Por último y a manera de conclusión, transcribo el resumen que hace Manuel Atienza sobre el concepto de razonabilidad, que orienta el análisis de las sentencias. Veamos:

[...] Como resumen de todo lo dicho hasta aquí proponemos esta definición de “decisión jurídica razonable”: una decisión jurídica es razonable en sentido estricto si, y solo si, 1) se toma en situaciones en que no se podría, o no sería aceptable, adoptar una decisión estrictamente racional; 2) logra un equilibrio óptimo entre las distintas exigencias que se plantean en la decisión, y 3) obtiene un máximo de consenso. La definición en cuestión y el análisis que la precede debería valorarse más o menos positivamente, en la medida en que haya alcanzado los dos siguientes objetivos: 1) Ofrecer una reconstrucción de la noción de lo razonable en el derecho (en el campo de análisis delimitado) que suponga una síntesis –y no una simple amalgama– de los diversos elementos que ordinariamente se conectan con

²²² Atienza, Manuel. “Para una razonable definición de razonable”, artículo publicado en la revista *Doxa* N° 4, de 1987.

²²³ Ver sentencia C-525 de 1995.

la idea, y 2) proponer una noción de lo razonable que no pueda usarse simplemente para justificar, en calidad de tal, prácticamente cualquier solución que pueda optarse ante un caso difícil o trágico, sino que contenga una cierta potencialidad crítica, esto es, que pueda utilizarse como un criterio, o un esquema de criterio, que permita justificar que una determinada interpretación o decisión es preferible (está más justificada) que otra [...] ²²⁴.

Nos parecía importante introducir todos estos elementos teóricos para comprender mejor los argumentos de razonabilidad que analizarán las guías procesales de casos típicos.

20.12. OTROS ARGUMENTOS TÍPICOS Y COMUNES EN LAS SENTENCIAS

Para ilustración, y con la simple idea de despertar el interés del lector, transcribo la lista que trae Perelman en su libro “La lógica Jurídica y la Nueva Retórica”, sobre los principales argumentos que permiten interpretar los textos legales en función de la intención que se le atribuye al legislador ²²⁵. Se comprenderá que en esta Unidad no es posible analizar, como se merece, cada uno de estos argumentos.

El argumento a contrario.

El argumento a *simili* o argumento analógico.

El argumento a *fortiori*.

El argumento a *completudine*.

El argumento a *coherentia*.

El argumento psicológico.

El argumento histórico.

El argumento *apagógico*.

El argumento teleológico.

²²⁴ Atienza. Revista del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Sobre lo razonable en el Derecho. Madrid, 1989.

²²⁵ Perelman retoma la clasificación de Tarello, en su libro “Sur la spécificité du raisonnement juridique”.

El argumento económico.

El argumento *ab exemplo*.

El argumento sistemático.

El argumento naturalista²²⁶.

20.13. LA TÓPICA JURÍDICA

En primer lugar debemos recordar que la función de la dogmática jurídica es la de suministrar un conjunto de argumentos jurídicos, que permiten al Juez o Jueza hacer uso de ellos sin necesidad de hacer toda una elaboración teórica. El Juez o Jueza invoca las instituciones o conjunto de argumentos definidos con la garantía de que son aceptados universalmente, o por lo menos, son aceptados desde una posición teórica definida, lo cual ofrece a las partes transparencia total sobre el conjunto de argumentos utilizados.

Ahora bien, la tópica o máximas jurídicas, también conocidas como adagios, brocardos, o loci, son fórmulas concisas y breves, síntesis que resultan de la experiencia y de la tradición. Su fortaleza está en su antigüedad, pero allí también estriba su debilidad porque ignoran la evolución del derecho. Son verdades de orden general, que no tienen en cuenta las excepciones. También se han calificado como doctrina anónima e inmemorial.

En esta Unidad presentamos el catálogo que trae Perelman en su libro “La lógica jurídica y la nueva retórica”. Por ahora solo presentamos el listado, que tal vez puede ser útil, como argumentos de cierre, o si se quiere, como “aderezos” en la sentencia. Veamos:

Lex posterior derogate legi priori.

Lex speciali derogat legi generali.

Res judicata pro virtute habetur (la cosa juzgada debe ser reconocida como verdadera).

De minimis non curat praetor (el pretor no se ocupa de las cosas de escasa importancia).

²²⁶ Los interesados pueden consultar el libro de Perelman, Ch. “Lógica Jurídica y Nueva Retórica”, Madrid, Civitas, 1988. Pp. 77-91.

Ne ultra petita (la condena no puede sobrepasar la demanda, lo mismo si se trata de proceso civil que si es penal).

Et audiatur altera pars (hay que oír también a la parte contraria).

In dubio pro reo o in dubio pro libertate.

Nemo plus iuris transferre potest quam ipse haberet (nadie puede transferir más derechos que los que él tiene).

Casum sentit dominus (el propietario soporta el daño resultante del azar).

Quisquis praesumitur bonus (se presume que todo el mundo es bueno o inocente).

Ex iniuria ius non oritur (de lo que es contrario a derecho no puede nacer un derecho).

Iura scripta vigilantibus (la negligencia no es excusa).

Favor legitimitatis (el derecho favorece lo que es legítimo).

Las excepciones son de interpretación estricta.

Venire contra factum proprium (no se puede atacar lo que resulta del propio hecho).

Patere legem quam ipse fecisti (En derecho administrativo, la administración debe conformarse con las reglas que ella ha instituido).

Las excepciones son de interpretación estricta.

No se puede ser Juez o Jueza en una causa propia.

Einmal ist kein mal (una sola vez no cuenta).

La simple posibilidad de duda no puede ser determinante: hay que contentarse, para la convicción del Juez o Jueza, con un grado de certidumbre suficiente en la vida práctica.

Hay que restituir lo que ha sido adquirido sin razón jurídica (enriquecimiento sin causa).

En caso de duda hay que dividir por partes iguales.

Cómo última salida se recurrirá al sorteo.

Prohibición de concertar convenios a cargo de terceros.

Lo que favorece, desfavorece al mismo tiempo.

El que ha incidido en culpa, debe soportar las consecuencias.

El silencio no obliga a nada.

Principio de la confianza legítima.

Importa lo que ha sido querido y no lo que hubiera sido deseable: lo que importa es la voluntad manifestada, y no la intención que no lo fue.

El derecho exige sanciones.

La emulación está prohibida (tiene su base en la teoría del abuso del derecho).

La confianza merece protección (protege al poseedor de buena fe).

El derecho no debe ceder ante lo que es violación del derecho (legítima defensa).

Obligación de utilizar los medios menos perjudiciales o dañosos (reparación daños a terceros).

Lo necesario está permitido y se aparea con el principio, nadie está obligado a lo imposible.

No se pueden admitir demandas que no tengan límites.

La acción oportuna está permitida (agencia oficiosa).

Se admiten excepciones en casos desgraciados.

La arbitrariedad está prohibida.

Lo que es insoportable no puede ser de derecho.

Perelman, afirma lo siguiente: “[...] La gran ventaja de los tópicos jurídicos consiste en que, en lugar de contraponer dogmática y práctica, permiten elaborar una metodología que se inspira en la práctica, y guían los razonamientos jurídicos,

de manera que, en lugar de contraponer el derecho a la razón y a la justicia, se esfuerzan, por el contrario, en conciliarlos [...]”²²⁷.

20.14. LOS ERRORES MÁS FRECUENTES EN LAS SENTENCIAS DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, LLAMADAS DE “SERIE” O DE “CAJÓN”.

Los errores más frecuentes en las sentencias proferidas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo los resaltaremos de manera esquemática, con el objetivo de llamar la atención sobre ellos y recomendar algunos correctivos.

20.14.1. NO HAY SENTENCIAS DE CAJÓN

El primer gran error es considerar estas sentencias en serie (Cajanal, Casur, reestructuración, etc.), como de cajón. No existe ninguna sentencia de cajón, y por ello el Juez o Jueza debe tener un estricto control sobre los detalles de estas sentencias. Tal vez más control, porque la probabilidad de error es muy alta. El Juez o Jueza director del proceso no puede perder la iniciativa y control de todos los asuntos, especialmente estas sentencias que conllevan tantos riesgos de error.

20.14.2. LA CONFUSIÓN DE IDENTIDAD DE LAS PARTES

Con frecuencia, al utilizar archivos de otros procesos, el nombre e identidad de las partes se trastocan, y por ello la sentencia termina restableciendo el derecho a quien no ha sido parte. Y peor aún, condenando a la entidad que jamás ha sido vinculada, v. gr., Caja de Sueldos de Retiro de la Policía, confundida con la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, cuando no se confunde con el Ministerio de Defensa, etc.

Se recomienda al Juez o Jueza construir una lista de chequeo o confrontación de datos entre lo consignado en el proyecto o borrador de sentencia y el expediente.

La lista de chequeo estará guiada por una regla de oro, que deben conocer y respetar todos los empleados del despacho: “hay que sospechar de los datos que

²²⁷ Perelman. Op. cit. p.130.

aparecen en la carátula”. Esta reglita que parece bobalicona en realidad remota las reglas generales de la ley de Murphy,²²⁸ al enfatizar que normalmente las carátulas se hacen en serie y por personas distintas al despacho, de allí que la probabilidad de error es altísima. Los que tenemos experiencia judicial de seguro podemos dar cuenta de varias anécdotas al respecto.

Para identificar las partes, sobre todo la demandante, lo mejor es recurrir al poder(es) otorgado(s) porque también el abogado o abogada en su afán cotidiano, con frecuencia trastoca los apellidos, cambia las cédulas, etc. En la mayoría de los casos se trata de errores de transcripción que se superan con una interpretación holística²²⁹ de la demanda y/o la contestación, en cuyo caso el Juez o Jueza debe dejar constancia en la sentencia de dicha interpretación.

Entendemos por interpretación holística la visión que nos permite entender la demanda desde múltiples interacciones, en una actitud integradora. Es una comprensión contextual de la sentencia, sin perderse en pequeños detalles que no tienen una incidencia desvirtuadora de lo que se pretende, quién lo pretende, contra quién se pretende, etc. Solo en casos extremos, esos detalles tengan tal entidad que obligue a contemplar otros eventos procesales, como por ejemplo, la falta de legitimación en la causa, bien por activa, o por pasiva.

20.15. DECLARATORIAS DE NULIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS NO ACUSADOS EN EL CASO CONCRETO.

El “corte y pega” que nos facilitan los ordenadores, con frecuencia se convierte en nuestro enemigo porque carga con el lastre de información de un acto administrativo de otra sentencia. De allí que empezamos con el acto administrativo X, y la sentencia termina anulando el acto administrativo Y.

²²⁸ La Ley de Murphy tiene su mejor expresión en la máxima que dice: *«si algo tiene la posibilidad de salir mal, saldrá mal»*. Dicha ley al parecer viene nombrada por Edward A. Murphy Jr., un ingeniero de desarrollo, que trabajó por un breve período en experimentos con **cohetes** sobre **rieles** hechos por la **Fuerza Aérea de los Estados Unidos** en **1949**. Las leyes de Murphy enfatizan los aspectos negativos, lo cual resulta muy efectivo para que se adviertan con anticipación y así se eviten de manera consciente.

²²⁹ “La holística se refiere a la manera de ver las cosas enteras, en su totalidad, en su conjunto, en su complejidad, pues de esta forma se pueden apreciar interacciones, particularidades y **procesos** que por lo regular no se perciben si se estudian los aspectos que conforman el todo, por separado”.

<http://www.monografias.com/trabajos7/holis/holis.shtml>.

El Juez o Jueza antes de firmar la sentencia debe hacer el siguiente chequeo por partida triple: 1) Revisar las pretensiones de la demanda; 2) revisar los actos acusados que se adjuntaron a la demanda; 3) confrontar con los datos consignados en la parte resolutive de la sentencia. No pueden encontrarse fisuras entre estos datos. Y si las hubiere debe replantearse todo el caso. Entonces tendría dos caminos, la interpretación holística de la sentencia, si fuere razonablemente posible, o decisiones procesales más drásticas.

20.16. RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN GRACIA A DEMANDANTES QUE NO ACREDITAN LA CONDICIÓN DE HABER SIDO DOCENTES

Cuando la demanda está dirigida contra Cajanal, tal vez por la fuerza de la costumbre, los Jueces o Juezas tenemos la tendencia a creer que todos los demandantes son docentes y que en todas las demandas se solicita el reconocimiento de la pensión gracia. Por ello, puede suceder que se reconozca la pensión gracia a un servidor público de otra entidad, v. gr., un empleado de la Contraloría General de la República que también tiene un régimen especial de jubilación, como si se tratara de un docente.

Lo anterior sucede porque al escoger las llamadas sentencias en serie, no se hace una adecuada selección del patrón fáctico. Normalmente estas sentencias son encomendadas a los “judicantes” que como es obvio, no tienen elementos de juicio suficientes para advertir estas diferencias. De allí que la selección de los casos debe ser cuidadosamente supervisada por el Juez o Jueza o por el empleado de mayor experiencia en el despacho.

20.16.1. CONFUNDIR LA PRETENSIÓN RELACIONADA CON EL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN GRACIA, CON LA RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN GRACIA

También es posible que en la sentencia se confunda la pretensión que pide el reconocimiento de la pensión gracia, con la de reliquidación de la misma, que por obvias razones son pretensiones totalmente diferentes que implican caminos de argumentación muy diferentes.

De nuevo se recomienda precisar muy bien el patrón fáctico y las pretensiones. Para ello parecería práctico recurrir a las llamadas “ruanas” o anotaciones de alerta en la carátula del expediente para que se diferencie de las solicitudes de reliquidación, estas últimas mayoritarias, y así se evita que en ajetreo del expediente termine mezclada o confundida con las de reliquidación.

20.16.2. ORDENAR RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN ORDINARIA CON TODOS LOS FACTORES SALARIALES, AL CONFUNDIRLA CON LA PENSIÓN ESPECIAL “GRACIA”

Este error se presenta con alguna frecuencia en los casos de docentes contra Cajanal. A veces el abogado o abogada al describir la pretensión se refiere a la pensión de jubilación, a secas, sin advertir que se trata de la pensión ordinaria. Como el caso es de un docente, y se pide reliquidación de la pensión, fácilmente se incurre en el error y se ordena la reliquidación con todos los factores salariales como si se tratara de la pensión especial “gracia”.

En consecuencia se recomienda la actitud preventiva del Juez o Jueza director del proceso para que se adviertan a tiempo estas graves inconsistencias. Hay que hacer estas advertencias a los judicantes o empleados novatos para evitar este error.

En el resumen de los argumentos del demandante y del demandado se transcriben (cortan y pegan) argumentos que son de otro abogado o abogada, también demandante en caso similar, o en la contestación de la demanda.

Las demandas en “serie” son presentadas la mayoría de las veces por uno o dos abogados o abogadas. Pero también sucede que una u otra demanda está suscrita por un abogado o abogada diferente. En efecto, al redactar las sentencias “pro forma” el resumen de los argumentos o teoría del caso de la parte demandante se generaliza y estandariza. Así las cosas, muchas veces se pone en boca de ciertos abogados o abogadas argumentos que nunca invocaron.

En igual sentido ocurre con la contestación de la demanda, porque a veces no se tiene en cuenta que si la entidad cambia de abogado o abogada, es muy probable que cambie la argumentación o la manera como presenta la teoría del caso.

La situación empeora cuando por una u otra razón en el concepto de la violación los abogados y abogadas demandantes hacen hincapié en normas

diferentes, lo cual llevaría a análisis normativos diferentes en la sentencia. Así las cosas, la concepción clásica de “justicia rogada” queda en entredicho porque el Juez o Jueza analiza en los argumentos normas que no fueron invocadas en la demanda.

Ha sido una buena práctica discriminar en las “series” además del tema, el abogado, abogada, demandante, y el que contesta la demanda, para poder controlar “los matices argumentativos” al momento de redactar la sentencia.

20.17. RESUMEN DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA SIN TENER EN CUENTA QUE SE TUVO POR NO CONTESTADA

También es posible que en la sentencia se haga el resumen de la contestación de la demanda, sin tener en cuenta que se dio por no contestada la misma.

Al hacer el resumen de esta parte descriptiva de la sentencia se debe revisar el auto que da por contestada la demanda. Ha sido una mala práctica no hacer pronunciamiento alguno sobre tal hecho porque se considera suficiente el informe de secretaría. Parece recomendable que el Juez o Jueza siempre haga un pronunciamiento expreso sobre la contestación de la demanda, en sentido positivo o negativo.

20.18. CUANDO SE PROFIERE SENTENCIA EN ABSTRACTO NO SE FIJAN BASES PARA EFECTOS DEL INCIDENTE DE LIQUIDACIÓN (ART. 172 DEL CCA)

El artículo 172 del CCA es muy claro al señalar que cuando la cuantía de la condena no hubiere sido establecida en el proceso, se hará en forma genérica, señalando las bases con arreglo a las cuales se hará la liquidación incidental.

El Juez o Jueza director del proceso pensará y redactará con gran cuidado estas bases que deben contener los puntos precisos, ciertos y determinables a partir de los cuales se hará la liquidación, de tal manera que se anticipe a las posibles dificultades que se puedan presentar en el incidente.

Una actitud ligera o displicente puede conducir a un incidente traumático que reviva en gran medida el pleito principal.

Se hace el resumen del concepto del Ministerio Público, cuando en realidad no intervino en ese proceso.

También puede suceder que al redactarse la nueva sentencia sobre un archivo viejo de la serie, se “quede enredado” el concepto del Ministerio Público, que por alguna razón no conceptuó en dicho proceso. Sobra repetir las medidas profilácticas ya indicadas.

20.19. EL ENCABEZADO DE LA SENTENCIA NO COINCIDE CON LOS DATOS DE LA SENTENCIA

Los encabezados de las sentencia es una fuente prolija de errores, porque al redactar sobre un archivo antiguo, tal vez se tiene el cuidado de cambiar los datos principales en el cuerpo de la sentencia, pero se olvida que hay un comando, a veces no muy visible, llamado encabezados que se refieren a un proceso distinto, con partes y radicados totalmente diferentes.

El error se multiplica si se tiene la costumbre de redactar en el ordenador bajo la ventana de diseño web, que permite trabajar con una fuente más grande, pero oculta el campo “encabezado”.

20.20. RECONOCIMIENTOS DE PERSONERÍA DE ABOGADOS O ABOGADAS SUSTITUTOS

Ya se habían mencionado en la Unidad primera de este módulo las dificultades que se presentan con la sustitución de poderes. En efecto, mientras el expediente está en la lista de “espera” para proferir fallo, se presenta con frecuencia la sustitución de poderes de los abogados o abogadas de la parte demandante y demandada.

La mejor práctica de un Juez o Jueza director del proceso es la de admitir la sustitución o negarla por auto antes de dictar sentencia y ordenar que el expediente vuelva al “puesto” que tenía en la lista de “espera”. No parece razonable que por culpa de dicho auto el expediente tenga que hacer de nuevo la “cola”.

Si por alguna razón no toma esta medida profiláctica el Juez o Jueza antes de dictar la sentencia, o antes de firmarla debería hacerse la pregunta: ¿Hubo sustitución de poderes? Lo anterior para reconocer personería para actuar, la cual resulta muy importante para efectos de los recursos, y así evitar precipitados autos de reconocimiento de personería después de haberse firmado la sentencia.

20.21. EXCEPCIONES QUE NO SE HAN PROPUESTO, O NO SE PRONUNCIA SOBRE LAS EXCEPCIONES QUE SE PROPUSIERON

Por último, quedando por fuera muchos otros errores, queremos destacar el relacionado con las excepciones, que fácilmente se dejan de analizar bien porque no se detectaron las variantes en la defensa que de la entidad hace uno y otro abogado o abogada, o al contrario, se analizan excepciones que nunca se propusieron.

Creo que por ahora es suficiente la “cantaleta”. Pasemos al último gran reto, según nuestro plan del ensayo.

20.22. LA APLICACIÓN DE LAS “FÓRMULAS” PARA LA LIQUIDACIÓN DE LOS PERJUICIOS CON EL FIN DE GARANTIZAR LA REPARACIÓN INTEGRAL

Aunque en la Unidad 21 se analizarán en detalle las referidas fórmulas actuariales, creemos que es del caso destacar los siguientes puntos:

No es tarea fácil en la sentencia, hacer el análisis de las pruebas, y definir el régimen de imputación jurídica para decidir si hay responsabilidad patrimonial del Estado, o no. Cuando el Juez o Jueza llega a esta conclusión, la mayoría de las veces, después de haber invertido varias horas (incluso días), acusa un cansancio acumulado que puede ser abrumador. Psicológicamente, cuando llega a esa fundamental decisión, tiende a pensar que ha terminado su labor. Pero no es así, porque después de decidir lo principal debe asumir el reto de la liquidación, que no es menos importante y compleja.

Parecería razonable que el Juez o Jueza descansase para emprender los argumentos explicativos y justificativos de este último tramo de la sentencia. No es

una buena práctica redactar a la ligera este punto, porque se puede correr el riesgo de vulnerar el derecho que tienen los demandantes de una reparación integral, con equidad, y con los criterios técnicos actuariales que ordena el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

Algunos tribunales administrativos han tenido la ventaja de contar entre sus colaboradores con un profesional de la contaduría que hace tales liquidaciones, con fundamento en los parámetros que define la sentencia respectiva. Este profesional se encarga de los dispendiosos cálculos, que solo son posibles con una “calculadora financiera”, que dicho sea de paso, la mayoría de los Jueces o Juezas no sabemos usar.

La suerte de los Jueces o Juezas administrativos en estas bregas, como es fácil de adivinar, está echada²³⁰, lo cual significa que tendremos que aprender a manejar la calculadora financiera. Y muchos que habían pensado que las matemáticas eran malos recuerdos del pasado. Pero no se angustien, en la Unidad 21 se darán cuenta que no es tan complicado, como a simple vista parece.

Sobre la indemnización integral el Consejo de Estado ha dicho en reciente sentencia:

“[...] Al respecto es importante tener en cuenta que una noción amplia de reparación va más allá de la esfera estrictamente pecuniaria del individuo, pues en ella se deben incluir los bienes jurídicos —como es el caso de la dignidad y los derechos humanos— que generalmente no pueden ser apreciados monetariamente, pero que, si resultan lesionados por el Estado, deben ser reparados mediante compensación. Solo así el principio de la reparación integral del daño cobra una real dimensión para las víctimas.

Cabe resaltar además que estos derechos no solo se reconocen como inviolables en el ordenamiento jurídico interno, sino también en instrumentos de derecho internacional sobre derechos humanos que, al ser aprobados por el Congreso colombiano, de conformidad con el artículo 93 C.P., prevalecen en el orden interno. Por lo tanto, si son quebrantados por el Estado a través de sus diferentes órganos, por acción o por omisión, las conductas infractoras constituyen

²³⁰ La frase “La suerte está echada”, “*Alea iacta est*” en latín, es atribuida a Julio César. Tras la conquista de la Galia y la derrota de Vercingetorix, César decide volver a Roma, donde el Senado había estado hablando en contra de él, diciendo que su guerra era ilegal y que debía dejar su cargo. Aun así, César decide ir a Roma, pero cruzando el Rubicón, un río por el que era ilegal para un ejército romano cruzarlo y todos los legionarios temían. César se adelantó, cruzó el río y en el otro lado dijo “*Alea iacta est*”.

per se un incumplimiento de las obligaciones que el Estado colombiano asumió frente a la comunidad internacional y por tanto, pueden llegar a comprometer su responsabilidad, no solo en el ámbito interno, sino también a nivel internacional²³¹.

Tal es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos, de la cual Colombia es Estado Parte desde el 31 de julio de 1973²³² y que consagra la obligación de los estados miembros de respetar los derechos humanos consagrados en ella y en los demás instrumentos que la complementen, reformen o adicionen.

La anterior óptica debe ser tenida en cuenta por el juez de lo Contencioso Administrativo al momento de verificar si se configura o no la responsabilidad de la Administración en cada caso concreto, sea cual fuere el título de imputación que se emplee. [...]”²³³.

AUTOEVALUACIÓN

Ae

Esta Autoevaluación será útil para medir sus conocimientos respecto de las subreglas desarrolladas por la jurisprudencia del Consejo de Estado. Le sugerimos que responda las preguntas antes de analizar los casos, y saque sus conclusiones. Después de estudiar las guías prácticas de los casos típicos, de nuevo responda las preguntas, para así afianzar los conocimientos adquiridos.

1. ¿Es aplicable el principio de *iura novit curia* en las acciones de reparación directa?

²³¹ Así lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sección, ver: Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, auto de febrero 22 de 2007, Exp. 26036 y sentencia de marzo 8 de 2007, Exp. 15739, ambos con ponencia del Consejero Ramiro Saavedra Becerra; auto de mayo 16 de 2007, Exp. 29273 y auto de julio 19 de 2007, ambos con ponencia del Consejero Enrique Gil Botero.

²³² La Convención A.D.H fue aprobada por la Ley 16 de 1972, ratificada el 31 de julio de 1972 y entró en vigor para Colombia el 18 de julio de 1978. Así mismo, Colombia reconoció la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 21 de junio de 1985.

²³³ CE. Sección Tercera. Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Sent. del 16 de agosto de 2007. Rad. N° 41001 23 31 000 1993 07585 01 (30114). Actor: José Ámbito Alarcón y otros. Demandado: Nación, Mindefensa, Ejército Nacional.



2. ¿La legitimación en la causa es presupuesto procesal de la acción o de la pretensión?
3. ¿Probada la falta de legitimación se debe inhibir o fallar de fondo?
4. ¿Para liquidar el lucro cesante se tendrá en cuenta el monto de los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios, o en smlmv?
5. ¿Si los testigos son contradictorios en informar el salario devengado por la víctima, cómo debe valorarse este hecho en la demanda para definir la base de liquidación?
6. ¿Podrá incrementarse el smlmv bajo el supuesto de prestaciones sociales?
7. ¿Cuál es el porcentaje de incremento por prestaciones sociales que jurisprudencialmente se ha estandarizado?
8. ¿Qué parte del salario base para la liquidación se debe descontar bajo el supuesto de la manutención de la víctima?
9. ¿Existirá nexo causal entre la información oficial falsa y la decisión de despido del patrono privado que se basa en la primera?
10. ¿Si se declara fundada la excepción de caducidad ¿qué decide el Juez o Jueza?: a) proferir sentencia inhibitoria; b) simplemente declara fundada la excepción propuesta sin hacer mención de las pretensiones; o, c) niega las pretensiones?
11. ¿Puede el Juez o Jueza tasar los perjuicios morales y el daño de vida de relación por encima de los 100 smlmv?
12. ¿El Juez o Jueza tendrá facultades para tasar los perjuicios morales derivados de una lesión física en cuantía de 100 smlmv?
13. ¿El Juez o Jueza tendrá facultades para tasar por igual los perjuicios de la víctima y de los padres, cuando se trata de una lesión física?

Ae

14. ¿El daño a la vida de relación se tasa de manera diferente al perjuicio moral?
15. ¿En la tasación del perjuicio de relación se podrá calcular por encima de los 100 smlmv?
16. ¿Si el demandante solicita perjuicios en gramos oro, en la sentencia el Juez o Jueza podrá liquidar los perjuicios en smlmv sin quebrantar el artículo 305 del CPC?
17. ¿Es necesario demostrar el nexo causal aunque se considere que en el caso es aplicable el régimen de imputación jurídica objetivo (riesgo excepcional, daño especial, etc.)?
18. ¿Cuáles son las fórmulas actuariales más importantes que deben aplicarse al momento de liquidar los perjuicios morales?

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Actividad pedagógica 1

Ap

GUÍAS PROCESALES DE CASOSTÍPICOS

A continuación el participante encontrará una serie de actividades que con su desarrollo, le permitirá afianzar los aprendizajes sobre la unidad. Por favor realice las siguientes cuestiones:

TC

- El principio de iura novit curia en las acciones de reparación directa.
- En los alegatos de conclusión la parte demandada sostiene que el demandante no invocó las normas que supuestamente quebrantó la administración y de las cuales se derivaría la responsabilidad que se le imputa. Por

tanto, al tratarse de un proceso contencioso administrativo debe imponerse el principio de justicia rogada. No puede el demandante en los alegatos de conclusión invocar normas, sobre las cuales no tuvo oportunidad la entidad de debatir o analizar en el traslado de la demanda. Por ello solicita al Juez o Jueza que no acceda a las pretensiones porque al Juez o Jueza le está prohibido “complementar” oficiosamente los argumentos del actor.

Pj
Sj

- ¿Es aplicable el principio de *iura novit curia* en las acciones de reparación directa?
- El Consejo de Estado ha reiterado en múltiples oportunidades lo siguiente:

“[...] De esta forma si con la acción de reparación directa se pretende reparar daños causados por hechos, omisiones, operaciones administrativas u ocupaciones de inmuebles por trabajos públicos, entre otras causas (artículo 86 del Código Contencioso Administrativo), es lógico deducir que, por regla general, en esta vía no se discute necesariamente la violación de normas superiores o la existencia de decisiones administrativas ilegales que exija la invocación de las primeras y la explicación del concepto de violación exigido en la norma objeto de estudio. Por esta misma razón, la jurisprudencia reiterada de esta Corporación ha concluido que, en las acciones de reparación directa, procede la aplicación del principio *iura novit curia*. [...]”²³⁴.

Co

- Aunque esta es una posición jurisprudencial muy conocida nos parece interesante destacarla sobre todo para aquellos que no tienen experiencia judicial, porque a veces se trata de extender el mal llamado “principio de justicia rogada” hasta extremos insostenibles. El argumento formulado por el Consejo de Estado en la cita arriba transcrita creemos que es contundente.

²³⁴ CE, Sección III. Ponente: Alier E. Hernández Enríquez. Sentencia del 1° de marzo de 2006. Radicación número: 15001-23-31-000-1992-02402-01(13764). Actor: Alfonso Ahumada Salcedo y otros. Demandado: Nación –Mintransporte, Fondo Vial–; y otros.

A_p

Actividad pedagógica 2

T C

- La falta de legitimación en la causa no impide el fallo de fondo.
- La parte demandada en los alegatos de conclusión sostiene que el Juez o Jueza debe proferir fallo inhibitorio porque se demostró en el proceso que no había legitimación en la causa por pasiva.

P_j

- ¿La legitimación en la causa es presupuesto procesal de la acción o de la pretensión? ¿Probada la falta de legitimación se debe inhibir o fallar de fondo?

S_j

- El Consejo de Estado ha dicho:

“[...] Como lo ha advertido esta Corporación en reiteradas oportunidades, la ausencia de legitimación en la causa no impide al fallador pronunciarse de fondo sobre la demanda formulada, dado que no se trata de un elemento de la acción, sino de la pretensión. Es, en ese sentido, una condición propia del derecho sustancial y no una condición procesal, que, cuando no se dirige correctamente contra el demandado, constituye razón suficiente para decidir el proceso adversamente a los intereses del demandante, por no encontrarse demostrado la imputación del daño a la parte demandada [...]”²³⁵.

²³⁵ CE. Sección III. Ponente: Alier E. Hernández Enríquez. Sentencia del 1º de marzo de 2006. Radicación número: 15001-23-31-000-1992-02402-01(13764). Actor: Alfonso Ahumada Salcedo y otros. Demandado: Nación –Mintransporte, Fondo Vial–; y otros. Ver también sentencias del 23 de junio de 1992, Exp. 4436 de la Sección Segunda de esta Corporación; del 26 de agosto de 1999, Exp. ACU-833 y Exp. 10952 de la Sección Tercera.

Co

- Con cierta frecuencia se tiende a pensar que la falta de legitimación en la causa es un presupuesto procesal de la acción. Por ello nos parece interesante mostrar que en caso de probarse esta circunstancia, ello no impide la sentencia de fondo, por tratarse de un presupuesto procesal de la pretensión.

Ap

Actividad pedagógica 3

T

- Lucro cesante liquidado con fundamento en el smlmv, aunque el contrato de prestación de servicios contemple un mayor valor por honorarios, si se demostró ingresos discontinuos.

C

- En los alegatos el demandante argumenta que la liquidación del lucro cesante en todo caso debe calcularse con fundamento en el último contrato de prestación de servicios aportado, porque se trata de una prueba legalmente recaudada, y el Juez o Jueza no puede hacer caso omiso de ella.

Pj

- ¿Para liquidar el lucro cesante se tendrá en cuenta el monto de los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios, o en smlmv?

Sj

- El Consejo de Estado ha señalado como regla general la liquidación en smlmv.

“[...] Aunque del contrato de prestación de servicios de celaduría celebrado por Enrique Díaz y la Universidad, la víctima devengaba, al momento de la muerte, honorarios pagados a mes vencido, sin derecho a prestaciones por \$379.840 m/

cte. (documentos públicos, 18 y 19 c. 2), la Sala encuentra que esta vinculación era temporal (por 43 días), por lo tanto el lucro cesante se liquidará sobre la base que la jurisprudencia ha utilizado en aquellos casos que se demuestra la capacidad productiva de la persona pero no la continuidad en el salario, esto es, sobre el salario mínimo legal mensual vigente y no sobre el monto de la remuneración estipulada como honorarios del contrato.[...]”²³⁶.

C

- Respetuosamente pensamos que dicha regla debe matizarse en cada caso concreto. Por ejemplo, si se trata de un contratista de altísimas calidades técnicas, con honorarios pactados muy por encima del smlmv., consideramos que no sería razonable liquidar el lucro cesante bajo tan bajo supuesto. En consecuencia un análisis de proporcionalidad, a partir de las pruebas aportadas, le permitirá al Juez o Jueza decidir la base sobre la cual hará la liquidación. Ahora bien, si definitivamente no hay elementos de juicio razonables para tener otra base de liquidación, o se trata de contratos discontinuos, desde luego se debe recurrir al smlmv.

A

Actividad pedagógica 4

T

- Es distinto no probar el daño a no probar el quantum. Incremento del 25% por concepto de prestaciones sociales. Proporción que se descuenta a título de manutención de la víctima.

C

- El Juez o Jueza luego de redactar la sentencia y decidir sobre la responsabilidad de la administración encuentra dificultades para las liquidaciones “histórica, pasada o

²³⁶ C.E., Sección III. Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Sent. del 22 de abril de 2004. Rad. N° 63001-23-31-000-1997-04420-01(15088). Actor: Israel Cruz Rodríguez y otros. Demandado: Universidad del Quindío.

consolidada” y “futura”, porque los testigos dan cifras diferentes sobre lo devengado por la víctima, y además, son varios los demandantes que probaron la dependencia económica.

Pj

- ¿Si los testigos son contradictorios en informar el salario devengado por la víctima, cómo debe valorarse este hecho en la demanda para definir la base de liquidación? ¿Podrá incrementarse el smmv bajo el supuesto de prestaciones sociales? ¿Cuál es el porcentaje de incremento por prestaciones sociales que jurisprudencialmente se ha estandarizado? ¿Qué parte del salario base para la liquidación se debe descontar bajo el supuesto de la manutención de la víctima?

Sj

- Transcribimos una sentencia del año 2001 que nos ofrece respuestas a todas las preguntas formuladas.

“[...] Es distinto no probar el daño a no probar el quantum de su valoración económica – medición del perjuicio. Debe tenerse en cuenta que si bien en sus declaraciones los testigos coinciden en afirmar que Germán Díaz Palacios laboraba en la construcción y devengaba semanalmente entre \$60.000 y \$100.000, estas cantidades no pueden ser tenidas por cuanto estos ingresos carecen de periodicidad y de continuidad, dado que las labores de construcción y albañilería desempeñadas por Palacios eran pagadas según la obra a construir y como tal no era un trabajo constante ni era un pago periódico. Sin embargo, tal situación no puede privar a los demandantes a obtener sentencia favorable, la cual se puede determinar como lo ha indicado la jurisprudencia, tomando en cuenta el salario mínimo legal mensual; este dato estatal permite dar aplicación a la justicia, que pretende por el principio de indemnidad. En consecuencia la Sala tendrá en cuenta como punto de partida para la elaboración de las liquidaciones “histórica, pasada o consolidada” y “futura” la base económica fijada por el Estado para el salario mínimo legal mensual. Para el año de 1994 el Presidente de la República lo fijó en \$98.700 mensual (decreto 2548 de 1993). Esta suma se incrementará en un 25% por concepto de prestaciones sociales, es decir, \$123.375. Teniendo en cuenta que la familia Palacios Adrada estaba compuesta por cinco personas –la víctima directa, su compañera y tres hijos– se dividirá en cinco partes. Una quinta parte es la que el juzgador estima que sería

lo que Germán Palacios gastaba en su propia manutención, hecho que infiere de la experiencia humana. Esa operación arroja como resultado la suma de \$24.675. [...]”²³⁷.

Co

- El extracto jurisprudencial es útil para destacar los siguientes puntos: 1) Es posible que el Juez o Jueza al redactar el argumento confunda la prueba del daño con la prueba del quantum. Por ello el Consejo de Estado es categórico al afirmar que es distinto no probar el daño a no probar el de su valoración económica –medición del perjuicio–. 2) Si las pruebas encaminadas a demostrar los ingresos de la víctima, no son consistentes en cuanto a la periodicidad y continuidad, por regla general llevarán a la presunción de un ingreso equivalente al smmv. 3) También ha sido aceptada por la jurisprudencia el incremento de un 25% por concepto de prestaciones sociales. Por regla general se ha hecho de manera oficiosa sin que sea necesaria petición especial del demandante. En algunas sentencias se ha pasado por alto este importante incremento, por ello se llama la atención para que el Juez o Jueza administrativo no lo olvide al momento de hacer la liquidación, con el fin de garantizar la indemnización integral. 4) Respecto de la deducción de gastos para la subsistencia de la víctima es obvia, porque ha de presumirse que aquella no podía destinar el 100% de sus ingresos a quienes dependían económicamente de ella. El Consejo de Estado ha tenido una posición variable, porque ha oscilado entre el 25 y el 50%. En la sentencia citada obsérvese que se descontó el 20% al dividir los ingresos en 5 partes, es decir, una parte por cada una de las personas que dependían económicamente del ingreso (la víctima, la compañera, más tres hijos). Parecería que aquí imperó un argumento de proporcionalidad, pues resultaba demasiado alto un descuento del 25% frente a la expectativa de una familia numerosa y menores de edad que requerían de ese dinero para un sustento más o menos digno. En efecto, la relación es directamente proporcional: Entre más hijos para alimentar, el padre destinará menos

²³⁷ C.E. Sección III. Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Sent. del 17 de mayo de 2001. Rad. N° 52001-23-31-000-1995-2956-01(12956). Actor: Hernando Palacios Aroca y otros. Demandado: Nación (Mindefensa, Polinal).

dinero para su manutención. Y a la inversa: A menos hijos o menos dependientes económicamente, mayor el dinero que destinará el jefe de hogar para su manutención. Según lo anterior, parecería razonable que si se trata de la víctima y el cónyuge sobreviviente sin descendencia alguna, podría descontarse hasta el 50%.

De allí que resaltemos la importancia de los argumentos de razonabilidad, para ajustarse al caso concreto. No tienen razón los que exigen una tarifa fija o porcentaje inamovible. Creemos que el Juez o Jueza por vía jurisprudencial tiene unos parámetros sobre los cuales puede hacer el juicio de proporcionalidad.

Para mayor ilustración transcribimos esta sentencia del Consejo de Estado:

“[...] Se tendrá en cuenta, primeramente, el salario mínimo mensual para la época de los hechos (\$81.510.00) y un 25% más del factor salarial (\$20.377.00), factores que conforman el salario mínimo integral, para un total mensual, de base liquidatoria, por \$101.887.00. A esa base de liquidación se le descontará un 50% que corresponde, presuntivamente, a lo que la víctima gastaba para sí; la experiencia enseña que cuando los miembros de las familias son varios la suma salarial integral se reparte por cuotas partes iguales; en este caso la pareja Roldán Grisales no tenía hijos, por tanto la suma base de liquidación para la señora Grisales será de un 50% sobre la suma integral que recibía su esposo; se presume judicialmente que la víctima reservaba para si el otro 50%.[...]”²³⁸.

Ap

Actividad pedagógica 5

T

- Nexo de causalidad entre los boletines oficiales que informan sobre hechos delictuosos y la terminación de un contrato de trabajo por parte del empleador privado.

²³⁸ CE, Sección III, Ponente: María Elena Giraldo Gómez, Sent. del 07 de octubre de 1999, Rad. N° 12655. Actor: Bernardo Roldán y otros. Demandado: Instituto Metropolitano de Salud de Medellín, ISS.

C

- El Juez o Jueza encuentra al momento de dictar sentencia que en la teoría del caso propuesta por el demandante, se supone que existe un nexo de causalidad entre el comunicado expedido por la Policía Nacional en donde informa que el actor estaba sindicado del delito de secuestro, que a la postre resultó un “falso positivo”, y la decisión de terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador privado, quien al escuchar tal noticia procedió de inmediato al despido.

Pj

- ¿Existirá nexo causal entre la información oficial falsa y la decisión de despido del patrono privado basado en la primera?

N

- ART. 62. Subrogado. D.L. 2351/65, art. 7º: Terminación del contrato por justa causa por parte del patrono: [...] 5. Todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo o en el desempeño de sus labores. [...] 7. La detención preventiva del trabajador por más de treinta (30) días, a menos que posteriormente sea absuelto, [...]”.

Sj

- Precisó el Consejo de Estado lo siguiente:

“[...] Para que surja el deber de indemnizar con fundamento en el régimen de responsabilidad patrimonial previsto en el artículo 90 constitucional, bajo el título de falla, no es suficiente que el demandante haya sufrido un daño cierto, determinado o determinable y antijurídico y que contra quien se dirige la imputación haya incurrido en alguna conducta de irregularidad constitutiva de falla de aquellas alegadas por el actor, porque es necesario además que se demuestre que el daño se produjo como consecuencia de la falla de la Administración, nexo causal que para efectos de esta declaratoria no debe ser visto desde el punto de vista de la causalidad física perteneciente al mundo de los fenómenos naturales, sino desde el punto de vista jurídico, entendido como el estudio de la eficiencia de la conducta estatal en la causación de un daño desde el deber ser que prevé la norma para el Estado en relación con el administrado. Por lo tanto, el daño sufrido por el actor,

de terminación del contrato de trabajo, por parte de su patrono privado, no le es imputable jurídicamente a la Nación Colombiana porque la ley no determina como causa legal de terminación de ese contrato de trabajo, la emisión de comunicados o boletines oficiales que informan la presunta participación del trabajador en hechos delictuosos o su difusión a través de medios de amplia circulación; de manera que el daño material, por lucro cesante, imputado por el actor a la Nación al tener su causa jurídica en el hecho del tercero no es indemnizable por esta. Por lo expuesto habrá de revocarse la sentencia apelada denegatoria de pretensiones, por las razones que se dejaron anotadas. [...]”²³⁹.

Co

- Nótese que en este caso el nexo de causalidad se rompe con fundamento en un argumento de racionalidad jurídica, porque al interpretar el artículo 62 del CST es evidente que el patrono no puede dar por terminado el contrato de trabajo con fundamento en un comunicado oficial que da cuenta de supuestos delitos cometidos por el trabajador. Las causales son taxativas y de interpretación restrictiva, por tanto el responsable directo es el patrono.

Desde luego que el demandante podría solicitar la indemnización por perjuicios morales por vía de reparación directa y en ese caso el nexo de causalidad sí sería evidente.

Ap

Actividad pedagógica 6

T

- La excepción de caducidad y sus consecuencias en sentencia inhibitoria o fallo de fondo.

²³⁹ CE. Sección III. Ponente: María Elena Giraldo Gómez, Sentencia del 17 de junio de 2004. Rad. N° 44001-23-31-000-1996-0825-01(15183). Actor: Elmer Francisco Vanegas Palmezano y otros. Demandado: Nación –Mindefensa, Polinal–.

C

- El Juez o Jueza al momento de proferir sentencia se percató que la excepción de caducidad, según las pruebas aportadas está debidamente fundada. Al llegar a la parte resolutive de la sentencia duda sobre cuál debe ser la decisión respecto de la excepción y las pretensiones.

Pj

- ¿Qué decide el Juez o Jueza si se declara fundada la excepción de caducidad? a) profiere sentencia inhibitoria; b) simplemente declara fundada la excepción propuesta sin hacer mención de las pretensiones; o c) niega las pretensiones?

Sj

- El Consejo de Estado, Sección Segunda, con ponencia del doctor Jesús María Lemos Bustamante, confirmó la sentencia de primera instancia, en el sentido de declarar fundada la excepción de caducidad y en consecuencia se inhibió para fallar. Textualmente dice la sentencia:

“[...] De acuerdo con lo señalado, en el presente caso operó el fenómeno de la caducidad de la acción, por lo que se confirmará la decisión del Tribunal, que se declaró inhibido para conocer el fondo del asunto [...]”²⁴⁰.

En otras providencias el Consejo de Estado ha decidido declarar fundada la excepción, y ha obviado la sentencia inhibitoria. Por ejemplo, veamos este extracto jurisprudencial:

“[...] Suficientes son las razones anotadas, para que la Sala proceda a REVOCAR la sentencia apelada para disponer en su lugar, la prosperidad de la excepción de CADUCIDAD que se declarará oficiosamente, la cual se fundamenta no porque los actos acusados adolezcan de este fenómeno, pues fueron enjuiciados a tiempo, sino porque el derecho que se pretende obtener debió ser controvertido mediante el juzgamiento de una decisión administrativa que no fue impugnada ni en la vía gubernativa ni en la vía jurisdiccional, esto es la Resolución 0719 del 5 de marzo de 1998 expedida por el Director General de la POLICÍA NACIONAL

²⁴⁰ CE. Sección Segunda. Ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Sent. del 22 de febrero de 2007. Rad. N° 13001-23-31-000-1999-00376-01(6517-05). Actor: Jairo José López Morales. Demandado: Universidad de Cartagena.

mediante la cual se reconocieron las cesantías definitivas de la actora, la que se encuentra en firme y adquirió los atributos de ejecutividad y ejecutoriedad. [...]. (Subrayado y mayúsculas del texto). [...] La parte resolutive fue redactada textualmente así: FALLA: REVÓCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sala de Descongestión, Sección Segunda, Sección Primera, de fecha 12 de noviembre de 2003 mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda en el proceso promovido por ELVIA MYRIAM ORTEGA DE RAMÍREZ. En su lugar, se dispone: DECLÁRASE oficiosamente la excepción de CADUCIDAD conforme a las razones anotadas en la parte motiva de esta providencia. [...]"²⁴¹.

En la Sección Tercera del Consejo de Estado también encontramos el siguiente pronunciamiento:

"[...] Por otra parte, el Código Contencioso Administrativo indica que en la sentencia se deberán decidir, entre otros, las excepciones propuestas (art. 170). Por lo tanto si se encontró que tuvo ocurrencia real el hecho jurídico de caducidad de la acción debió no solo mencionarse en la parte motiva, sino también declararse en la resolutive, que implica que el fallo no es inhibitorio. Tanto es así que el demandante no puede volver a proponer nueva demanda entre las mismas partes, los mismos hechos e idéntico objeto. Lo anteriormente dicho tiene fundamento en otra previsión de ley, según la cual la caducidad de la acción es excepción de fondo (art. 97 último inciso C P C). El artículo antecitado es claro en indicar que ese hecho constituye por su naturaleza una excepción de fondo, aunque en el proceso civil se pueda proponer como excepción previa al decir "También podrán proponerse como previas las excepciones de cosa juzgada, transacción y caducidad de la acción [...]. En la parte resolutive expresamente se indicó: "[...] Falla: REVÓCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, el día 30 de abril de 1996 y en su lugar se dispone: 1°. DECLÁRASE PROBADA la excepción de fondo de caducidad de la acción propuesta por el demandado. En consecuencia: 2°. NIÉGANSE las súplicas de la demanda. [...]"²⁴².

²⁴¹ CE. Sección Segunda. Ponente: Alejandro Ordóñez Maldonado. Sent. del 7 de sept. de 2006. Radicación N° 25000-23-25-000-2000-00048-01(2997-04). Actor: Elvia Myriam Ortega de Ramírez. Demandado: Policía Nacional.

²⁴² CE. Sección Tercera. Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Sent. del 11 de mayo de 2000. Rad. N° 12200. Actor: Miguel Antonio Prada Jaimes. Demandado: Nación, Mindefensa, Polinal.

C

- No ha sido clara y precisa la jurisprudencia respecto de cuál es la decisión que debe adoptar el Juez o Jueza cuando redacta la sentencia y encuentra fundada la excepción de caducidad. Como se ha visto, en algunos pronunciamientos el Consejo de Estado considera que debe proferirse sentencia inhibitoria y en otros que se declara fundada la excepción de caducidad.

Salvo mejor opinión, respetuosamente consideramos que es más técnico declarar fundada la excepción, sin recurrir a la sentencia inhibitoria, que como sabemos, en el fondo es una denegación de justicia.

Si nos atenemos al artículo 306 del CPC, la decisión técnicamente más ajustada a los cánones procesales es la escogida por la Sección Tercera, en el sentido de declarar fundada la excepción y negar las pretensiones²⁴³.

A

Actividad pedagógica 7

T
C

- Tasación de perjuicios morales y daño a la vida de relación, según prudente juicio del Juez o Jueza.
- El Juez o Jueza encuentra que efectivamente se probó una falla médica y la paciente debió ser sometida a una histerectomía completa. Al tasar los daños morales y la vida de relación duda sobre la cuantificación de los mismos.

²⁴³ Ver artículo 306 del CPC. Resolución sobre excepciones. Cuando el Juez o Jueza halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente, en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda. Cuando se proponga la excepción de nulidad o la de simulación del acto o contrato del cual se pretende derivar la relación debatida en el proceso, el Juez o Jueza se pronunciará expresamente en la sentencia sobre tales figuras, siempre que en el proceso sean parte quienes lo fueron en dicho acto o contrato; en caso contrario, se limitará a declarar si es o no fundada la excepción.

Pj

Sj

- ¿Puede el Juez o Jueza tasar los perjuicios morales y el daño de vida de relación por encima de los 100 smlmv?

- En reciente fallo el Consejo de Estado precisó lo siguiente:

“[...] En cuanto al perjuicio inmaterial deprecado, es posible deducir, sin mayor esfuerzo, que la señora E.S.H., por la interrupción del embarazo y la esterilidad a que se encuentra sometida, sin su consentimiento, está moralmente afectada, y que dichas pérdidas le generan un sentimiento de pesar.

Conforme a lo expresado en sentencia reciente, esta Corporación ha abandonado el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral; se ha considerado que la valoración de este perjuicio debe ser hecha por el juzgador en cada caso según su prudente juicio, y se ha sugerido igualmente la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquel se presente en su mayor grado. Por lo anterior, se condenará al demandado al pago de dicho máximo a la demandante²⁴⁴.

En el mismo sentido, encuentra la Sala que del tratamiento recibido por la señora E.S.H., así como la infertilidad que padece en la actualidad, puede inferirse una importante afectación en su vida de relación. Así las cosas, está demostrada la existencia de este perjuicio inmaterial, además, que el mismo es de gravedad importante. Conforme a lo dicho el valor de la indemnización debe ser tasado por el juez, según su prudente juicio. En el presente caso, se pagará a la demandante la suma de 150 salarios mínimos legales mensuales.[...]”²⁴⁵.

Co

- La sentencia citada es muy interesante porque marca una clara tendencia en el sentido de dar libertad al Juez o Jueza

²⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646.

²⁴⁵ CE. Sección Tercera. Ponente: Enrique Gil Botero. Sent. del 3 de mayo de 2007. Rad. N° 76001-23-31-000-1996-05556-01(16098). Actor: Emilse Josefina Salom Herrera. Demandado: ISS.

para que tase los perjuicios morales y el daño a la vida de relación, según su buen criterio que ha de expresarse en argumentos de razonabilidad. En el caso concreto la sentencia se fundamentó en el siguiente argumento central para liquidar los perjuicios morales y la vida de relación:

1) La información ilustrada, idónea, concreta y previa a la cirugía no se brindó a la paciente, por el contrario, el único tratamiento propuesto, del que se tiene constancia, es el legrado obstétrico. 2) Debe reiterarse que en el campo médico se parte del supuesto de la ignorancia o desconocimiento del paciente en la materia y de sus características particulares, respecto de las cuales no se hizo ninguna referencia en la historia clínica. 3) La histerectomía es un procedimiento quirúrgico que afecta de manera importante los intereses de la mujer, dado que la extirpación del útero y/o sus anexos implica un estado de esterilidad permanente, amen de una multiplicidad de factores, que convergen, en una visión holística, a dimensionar en todo su universo la valoración del daño corporal²⁴⁶. 4) Si bien el pronóstico sobre la fertilidad de la señora H.S.H. no era el mejor, ello no obstaba para que decidiera de manera autónoma sobre tal condición. 5) Debe agregarse que no se presentaba ninguna circunstancia de incapacidad o urgencia que excusara tal consentimiento. 6) La dimensión existencial de la maternidad y la función de la reproducción son de máxima importancia²⁴⁷. 7) Se concluye, entonces, que en el presente caso no se estructuró el consentimiento informado que se requería para practicar la histerectomía a la demandante.

²⁴⁶ La histerectomía es la pérdida del aparato reproductor femenino, con una ostensible afectación del patrimonio biológico, que como se sabe, lo constituye cada uno de los órganos, aparatos y sistemas con sus respectivas funciones, por ello la histerectomía evidencia como manifestación del daño corporal, secuelas: a) anatómicas evidentes: pérdida de la matriz; b) funcionales: pérdida de la menstruación. Incapacidad para la concepción uterina; c) estéticas: cicatriz operatoria o laparotómica; d) síquicas: muy frecuentes e importantes. La pérdida del aparato reproductor femenino, bien de manera parcial –histerectomía–, o total, –anexohisterectomía–, que es el caso de la paciente, en cuanto a su función y significado suele motivar complejos de castración, inferioridad y masculinización. Depresiones. Neurosis, incluso psicosis exógenas; e) morales: derivadas de la hospitalización del riesgo quirúrgico de la secuela anatómica y funcional, etc. El perder la capacidad de gestación o maternidad produce un efecto frustrante de gran repercusión moral. Sobre el tema puede consultarse a Pérez Pineda Blanca y García Blázquez Manuel, *Manual de valoración y baremación del daño corporal*, editorial Comares, Granada, España, 1991. Aparte citado en la sentencia comentada.

²⁴⁷ Helene Deutsch. *La psicología de la mujer*, segunda parte, Buenos Aires, editorial Losada S.A., tercera edición, 1960, pág. 9.

Ap

Actividad pedagógica 8

T C

- Tasación de perjuicios morales en caso de lesiones, hasta de 100 smlmv.
- En un proceso de reparación directa en contra del ejército quedó probado que los militares actuaron imprudentemente al disparar en contra de un campesino. Como consecuencia del disparo el campesino quedó parapléjico. El Juez o Jueza duda si es posible tasar los perjuicios morales en 100 smlmv que según jurisprudencia más o menos aceptada solo se reconoce cuando se trata del máximo dolor, esto es, la muerte.

Pj

- ¿El Juez o Jueza tendrá facultades para tasar los perjuicios morales derivados de una lesión física en cuantía de 100 smlmv? ¿El Juez o Jueza tendrá facultades para tasar por igual los perjuicios de la víctima y de los padres, cuando se trata de una lesión física?

Sj

- La tesis del Consejo de Estado es la siguiente:

“[...] Liquidación de perjuicios morales.

Por concepto de perjuicios morales, el a quo condenó a la Nación al pago de 80 salarios mínimos legales mensuales (en adelante s.m.l.m.) para el lesionado y, 60 smlm. para cada uno de sus padres y para su hermano (fl. 315 c.p.).

En cuanto a los perjuicios morales del lesionado, para la Sala es claro que con la prueba de la lesión —herida por disparos con consecuente, inmediata y definitiva paraplejía de la décima vértebra torácica T10 para abajo—, del penoso proceso de recuperación que debió soportar —cirugía y hospitalización durante 45 días— y sobre todo, del impacto traumático que en sí mismo constituyó el angustiante ataque

del que fue víctima, a manos de miembros del Ejército Nacional, se infiere que J.A.A. sufrió una gran zozobra y tristeza y, en consecuencia hay lugar a reconocerle este rubro compensatorio (testimonios rendidos en el proceso Contencioso Administrativo los días 10 y 11 de marzo de 1997 por los señores: Griselda Cuéllar, Alcides Audor Duero, Jacobo Becerra Segura, Hernando Correa Zambrano, Gerardo Correa Gasca, Elda Segura de Audor, Arcadio Alarcón Murcia y Alfonso Ramos Muñoz, fls. 76, 77 vto. a 86 c.p.; copia auténtica de la historia clínica fls. 89 a 154 c.p.; dictamen medicina legal fls. 156 a 158 c.p. y; evaluación siquiátrica fls. 174 a 179 c.p.).

En cuanto a los padres y el hermano de la víctima, se precisa que con respecto al reconocimiento de perjuicios morales derivados de las lesiones corporales padecidas por un pariente cercano, ha dicho la Sala que debe distinguirse si las lesiones padecidas por la víctima fueron graves o leves. En el primer evento basta la prueba de la existencia de la lesión y el parentesco para que los familiares cercanos tengan derecho a la indemnización, porque se infiere indiciariamente el dolor moral y; en el segundo, es necesario acreditar además, que la lesión sufrida por el damnificado les produjo dolor moral²⁴⁸.

Frente a lo anterior, se tiene en primer lugar que en el expediente se encuentra debidamente acreditada la lesión padecida por J.A.A., la cual, dadas las condiciones de la misma puede ser catalogada como gravísima²⁴⁹ —hospitalización, cirugía, incapacidad, secuelas, deformidad física permanente— (testimonios fls. 77 a 86 c.p.; historia clínica fls. 89 a 154 c.p.; dictamen medicina legal fls. 156 a 158 c.p. y; evaluación siquiátrica fls. 174 a 179 c.p.).

En segundo lugar, está probado que E.A. y María E. A., son padres de J.A.A. (lesionado) y que este tenía por hermano a P.A.A., de conformidad con la copia auténtica del certificado civil de matrimonio de los dos primeros y las copias auténticas de los registros civiles de nacimiento de los últimos (fls. 9 a 11 c.p.).

Además de lo anterior, obra prueba testimonial, que da cuenta de que las lesiones sufridas por el señor A.A. afectaron moralmente a sus padres y hermano, quienes por el hecho de conformar una cariñosa y unida familia, sufrieron el

²⁴⁸ Ver: Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, Sent. de octubre 28 de 1999, Exp. 12384; Sent. de septiembre 14 de 2000, Exp. 12166 y recientemente, Sent. de abril 20 de 2005, Exp. 15247, C.P. Ruth Stella Correa.

²⁴⁹ Por ejemplo mutilaciones o pérdida de órganos.

padecimiento del hijo y hermano (testimonios rendidos en el proceso Contencioso Administrativo los días 10 y 11 de marzo de 1997 por los señores: Griselda Cuéllar, Alcides Audor Duero, Jacobo Becerra Segura, Hernando Correa Zambrano, Gerardo Correa Gasca, Elda Segura de Audor, Arcadio Alarcón Murcia y Alfonso Ramos Muñoz, fls. 76, 77 vto. a 86 c.p.):

“Ellos están muy tristes y acongojados, porque el hijo continúa en silla de ruedas y el hijo igualmente al verse así, esto terminará cuando se mueran.” (fls. 78 vto. y 79 c.p.).

“Ellos quedaron destrozados, porque era un muchacho alentado quien trabajaba para ellos y de un momento a otro venir a dejarlo inválido y sin saber el motivo, claro que ellos sintieron dolor, al ver el dolor del hijo y del hermano, pero ellos lo siguen queriendo. PREGUNTADO: Díganos si hoy la familia se encuentra recuperada del dolor que les produjo las lesiones de J.A.A.? CONTESTO: No, ellos no se han superado, continúan sufriendo al ver al hijo en ese estado, sin poderle dar alivio de ninguna manera, sufren igual, los dos viejitos y el hermano Pastor y el lesionado también vive acongojado, en definitiva ninguno se ha recuperado” (fls. 83 y 83 vto. c.p.).

Estima la Sala, con base en los elementos probatorios analizados que J.A.A. (lesionado), sus padres y hermano, padecieron tristeza y aflicción de una entidad considerable, a raíz de la lesión sufrida por el primero, por lo que es viable reconocer a los demandantes este rubro compensatorio.

Acerca de la cuantía del mismo, es importante en esta oportunidad precisar que si bien la jurisprudencia contencioso-administrativa ha señalado unos parámetros a tener en cuenta al momento de proferir la respectiva condena, dichos parámetros no son absolutos y pueden variar —ser incrementados o disminuidos— según el caso concreto, en razón de la magnitud e implicaciones del daño padecido por los damnificados²⁵⁰.

En efecto, las pautas jurisprudenciales en la materia constituyen simplemente una guía para los jueces de inferior jerarquía, dada la inexistencia de una norma a seguir para la tasación de la indemnización y precisamente por ello, si las

²⁵⁰ Con relación al arbitrio júdice en materia de la cuantía de los perjuicios morales, ver entre otras: Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, Sentencia de febrero 13 de 2003, Exp. 12654 y Sentencia de junio 24 de 2004, Exp. 14950.

características del caso concreto lo ameritan, el juez se puede apartar de tales pautas y condenar incluso por montos superiores a los tradicionalmente empleados.

En el caso bajo análisis, la lesión padecida por J.A.A. y las circunstancias en las que esta ocurrió permiten concluir que la congoja, pesadumbre y aflicción experimentadas de forma consecucional por los demandantes, pueden asimilarse e incluso superar aquella que habrían experimentado con la muerte del hijo y hermano. Por lo tanto considera la Sala, que es factible incrementar la cuantía de la compensación del perjuicio moral, en relación con lo dispuesto en primera instancia para el lesionado y sus padres, al monto máximo que se ha reconocido en caso de muerte de un hijo; en cuanto al hermano del señor A.A., esta se mantendrá en el valor señalado por el a quo, en atención a que se considera acertado, así:

Para J.A.A. (lesionado), el equivalente en pesos a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; para cada uno de los padres del lesionado, el equivalente en pesos a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes y; para el hermano del lesionado, el equivalente en pesos a 60 s.m.m.l.v. [...]”²⁵¹.

Co

- Es evidente la tendencia del Consejo de Estado en el sentido de endurecer la liquidación de los perjuicios morales, en aquellos casos que lo ameritan, particularmente cuando se trata de violación de derechos humanos, o del derecho internacional humanitario. En gran medida esta tendencia se ha acentuado a partir de las condenas proferidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en contra del Estado colombiano.

Destacamos la argumentación de la sentencia para efectos de aumentar la liquidación de los perjuicios, que es precisa, proliza y convincente.

Por ello se insiste: el Juez o Jueza debe argumentar (explicaciones y justificaciones) de tal suerte que fundamentos de razonabilidad sean lo más convincentes posibles, para evitar cualquier sospecha de improvisación o peor aún, de arbitrariedad.

²⁵¹ CE. Sección Tercera. Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Sent. del 16 de agosto de 2007. Rad. N° 41001 23 31 000 1993 07585 01 (30114). Actor: José Ámbito Alarcón y otros. Demandado: Nación, Mindefensa, Ejército Nacional.

Ap

Actividad pedagógica 9

T C

- Tasación del daño a la vida de relación por encima de 100 smlmv.
- En el mismo caso anterior, esto es, en un proceso de reparación directa en contra del ejército quedó probado que los militares actuaron imprudentemente al disparar en contra de un campesino. Como consecuencia del disparo el campesino quedó parapléjico. El Juez o Jueza duda si es posible tasar el daño a la vida de relación por encima de los perjuicios morales, y sobrepasando los 100 smlmv.

Pj

- ¿El daño a la vida de relación se tasa de manera diferente al perjuicio moral? ¿En la tasación del perjuicio de relación se podrá calcular por encima de los 100 smlmv?

Sj

- Sobre la vida de relación el Consejo de Estado ha sostenido en fallo reciente:

“[...] Perjuicio a la vida de relación.

En cuanto a la pretensión de la demanda de reconocer al lesionado una compensación por concepto de perjuicio a la vida de relación, se tiene que el a quo accedió a ella y estimó su cuantía en un monto de 80 s.m.l.m. (fls. 20, 21 y 315 c.p.).

Frente a lo anterior y con base en las pruebas obrantes en el expediente, para la Sala es claro que la lesión soportada por J.A.A., lo afectó no solo en su órbita interna, sino también en la esfera exterior de su vida pues su escenario de existencia se modificó de manera dramática. Ello se evidencia al valorar el dictamen siquiátrico de medicina legal a él practicado, en el cual se da cuenta de que, con posterioridad a sus lesiones, J.A. mutó completamente su comportamiento, en tanto debió dejar de manera definitiva las actividades cotidianas que le generaban alegría y placer,

como lo son las propias de la actividad agrícola y pecuaria, propias de un campesino que como él vivía de y para la tierra; tal situación además, le produjo intensiones suicidas pues se vio disminuido como persona independiente, ya que hasta para sus más básicas necesidades pasó a depender de otras personas e incluso, su lesión le impide desarrollar una vida sexual satisfactoria:

“De acuerdo con los elementos disponibles en el contexto sumarial y el relato del examinado previamente a los hechos se desempeñaba en las áreas laboral, social y familiar en forma satisfactoria, después de los hechos requiere hospitalización prolongada y aparecen serias limitaciones físicas que le obligan a realizar cambios determinantes en su forma y estilo de vida.

En forma asociada aparecen al inicio síntomas psíquicos como ansiedad, ideación de desesperanza, ideación de muerte y suicidio, afecto depresivo, llanto frecuente, trastornos del sueño, pesadillas repetitivas con el momento de los hechos; estas manifestaciones han desaparecido progresivamente con el paso del tiempo, persistiendo hoy en día sueños repetitivos, ansiedad y afecto depresivo ocasionales. En cuanto a su funcionamiento global encontramos que inmediatamente después de ocurridos los hechos se vio disminuido significativamente a causa tanto de las manifestaciones psicológicas como de las limitaciones físicas.

De lo anteriormente descrito se desprende que después de los hechos investigados el sujeto experimentó síntomas de origen psíquico que ocasionaron disminución significativa de su funcionamiento global, asociados a las limitaciones físicas, por lo cual se constituyeron en ese entonces en Perturbación Psíquica. Dada la recuperación paulatina y la adaptación psicológica con el paso del tiempo, se clasifica como Perturbación Transitoria.

En la actualidad persisten algunas manifestaciones que no producen una disminución significativa de su funcionamiento global, pero requiere de tratamiento psicoterapéutico especializado para lograr una mejor adaptación a su nueva situación y apoyo para la solución de conflictos determinados por los cambios dramáticos que surgen a raíz de la invalidez a saber:

*Cambio de domicilio, que implica distanciamiento de su núcleo primario, debido a la marcada dificultad para manejar una silla de ruedas en un área inclinada y con grama, donde existe la necesidad de subir colinas, atravesar ríos y pasar cercos.

*Abandono de la actividad laboral y ocupacional que representaba su única fuente de ingresos y de crecimiento personal; la actividad agrícola, dado que en su

actual situación no le es posible atravesar potreros, cuidar el ganado y sembrar la tierra.

* Repliegue en el área social y afectiva.

* Privación de una normal función sexual.” (Evaluación psicológica - Dictamen rendido por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses-Regional Sur Oriente Neiva, el 6 de julio de 2000, fls. 174 a 179 c.p., resaltado no original).

Dicha situación, da lugar a la producción de un daño inmaterial diferente del moral, que desborda el ámbito interno del individuo y se sitúa en su vida de relación es decir, se ve afectada la vida exterior de la persona, en cuanto se evidencia una alteración negativa de las posibilidades que tiene de entrar en relación con otras personas o cosas, de llevar a cabo actividades de disfrute o rutinarias o, la modificación de sus roles en la sociedad o en sus expectativas a futuro. La Sala al respecto ha señalado:

“Debe insistirse ahora, entonces, con mayor énfasis, en que el daño extrapatrimonial denominado en los fallos mencionados “daño a la vida de relación” corresponde a un concepto mucho más comprensivo, por lo cual resulta ciertamente inadecuado el uso de la expresión perjuicio fisiológico, que, en realidad, no podría ser sinónima de aquella, ni siquiera en los casos en que este daño extrapatrimonial –distinto del moral– es consecuencia de una lesión física o corporal. Por esta razón, debe la Sala desechar definitivamente su utilización. En efecto, el perjuicio aludido no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en razón de ella, se producen en la vida de relación de quien la sufre. Debe advertirse, adicionalmente, que el perjuicio al que se viene haciendo referencia no alude, exclusivamente, a la imposibilidad de gozar de los placeres de la vida, como parece desprenderse de la expresión préjudice d’agrement (perjuicio de agrado), utilizada por la doctrina civilista francesa. No todas las actividades que, como consecuencia del daño causado, se hacen difíciles o imposibles, tendrían que ser calificadas de placenteras. Puede tratarse de simples actividades rutinarias, que ya no pueden realizarse, o requieren de un esfuerzo excesivo. (...). Lo anterior resulta claro si se piensa en la incomodidad que representa, para una persona parapléjica, la realización de cualquier desplazamiento, que, para una persona normal, resulta muy fácil de lograr, al punto que puede constituir, en muchos eventos, un acto reflejo o prácticamente inconsciente. Resulta, sin duda, más adecuada la expresión daño a la vida de relación, utilizada por la doctrina italiana, la cual acoge plenamente esta Corporación. Se advierte, sin embargo, que, en opinión de la Sala, no se trata

simplemente de la afectación sufrida por la persona en su relación con los seres que la rodean. Este perjuicio extrapatrimonial puede afectar muchos otros actos de su vida, aun los de carácter individual, pero externos, y su relación, en general, con las cosas del mundo. En efecto, se trata, en realidad, de un daño extrapatrimonial a la vida exterior; aquel que afecta directamente la vida interior sería siempre un daño moral”²⁵².

Vale la pena señalar que el perjuicio a la vida de relación reconocido por la jurisprudencia contenciosa administrativa colombiana, guarda cierta semejanza conceptual con el rubro denominado “daño al proyecto de vida” que reconoce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin embargo se hace la salvedad de que la Corte I.D.H., ubica este rubro en la categoría de daño material, mientras que en Colombia, el perjuicio a la vida de relación pertenece a la categoría de perjuicios inmateriales. Ha sostenido la Corte I.D.H.:

“...el denominado ‘proyecto de vida’ atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas. El proyecto de vida se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto pueda tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y la garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte. (...). [E]l “daño al proyecto de vida”, entendido como una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable. Así la existencia de una persona se ve alterada por factores ajenos a ella, que le son impuestos en forma injusta y arbitraria, con violación de las normas vigentes y de la confianza que pudo depositar en órganos de poder público obligados a protegerla y a brindarle seguridad para el ejercicio de sus derechos y la satisfacción de sus legítimos intereses. Por todo ello, es perfectamente admisible la pretensión

²⁵² Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, Sentencia de julio 19 de 2000, Exp. 11842, C.P. Alíer Hernández, reiterada posteriormente entre otras por la Sentencia abril 20 de 2005, Exp. 15247, C.P. Ruth Stella Correa.

de que se repare, en la medida posible y con los medios adecuados para ello, la pérdida de opciones por parte de la víctima, causada por el hecho ilícito”²⁵³.

En el caso en estudio, con base en las pruebas referidas, la Sala concluye que J.A.A. sufrió perjuicio a su vida de relación, por lo que se condenará a la demandada a pagar al lesionado una suma equivalente a 400 salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de ejecutoria de esta providencia.

En relación con sus padres y su hermano, considera la Sala que también procede una condena en el mismo sentido, ya que de las pruebas valoradas se desprende que estos también vieron afectada su vida familiar y social como consecuencia de la lesión padecida por J. A., en efecto, se vieron avocados a atender a una persona parapléjica, a pesar de no contar con los conocimientos y la habilidad para ello y debieron además, acudir a la caridad de sus vecinos y amigos a fin de poder suplir los gastos que la salud del lesionado demandó y atender su propia subsistencia (testimonios rendidos en el proceso Contencioso Administrativo los días 10 y 11 de marzo de 1997 por los señores: Griselda Cuéllar, Alcides Audor Duero, Jacobo Becerra Segura, Hernando Correa Zambrano, Gerardo Correa Gasca, Elda Segura de Audor, Arcadio Alarcón Murcia y Alfonso Ramos Muñoz, fls. 76, 77 vto. a 86 c.p.).

La situación anterior sin duda produjo una alteración importante en las posibilidades y expectativas de vida de estas tres personas —padres y hermano— que debe ser compensada por la entidad pública demandada, pues solo de esta manera se logrará una reparación integral de los perjuicios derivados del daño a ella imputado.

Por lo tanto, se condenará a la Nación - Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, a pagar a los señores María E.A.de A. y E.A., una suma equivalente a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno y, al señor Pastor Ámbito Alarcón, una suma equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por concepto del perjuicio a la vida de relación padecido por ellos, a consecuencia del daño imputado. [...]”²⁵⁴.

²⁵³ Ver entre otras: Corte IDH, Caso Loayza Tamayo, Sentencia de Reparaciones, párr. 147 y ss.

²⁵⁴ CE. Sección Tercera. Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Sent. del 16 de agosto de 2007. Rad. N° 41001 23 31 000 1993 07585 01 (30114). Actor: José Ámbito Alarcón y otros. Demandado: Nación, Mindefensa, Ejército Nacional.

Co

- El extracto jurisprudencial es muy ilustrativo porque sintetiza las características más importantes de lo que ha de entenderse por “daño a la vida de relación”, y la compara con “daño al proyecto de vida” que reconoce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, solo que esta última la ubica en la categoría de daño material, mientras que en Colombia, pertenece a la categoría de perjuicios inmateriales.

Ap

Actividad pedagógica 10

T

- ¿Podrá el Juez o Jueza liquidar los perjuicios en smlmv, aunque el demandante hubiese solicitado la indemnización en gramos oro?

C

- El Juez o Jueza al liquidar los perjuicios en la sentencia se percató que el demandante solicitó los mismos en gramos oro. Duda si debe prevalecer el principio de congruencia entre las pretensiones y la sentencia.

Pj

- ¿Si el demandante solicita perjuicios en gramos oro, en la sentencia el Juez o Jueza podrá hacer la liquidación en smlmv sin quebrantar el artículo 305 del CPC.

N

- Artículo 305 del CPC: “La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda [...]”.

Sj

- En reciente fallo el Consejo de Estado aclaró de manera definitiva la duda presentada.

“[...] Conforme a lo expresado en sentencia del seis de septiembre de 2001, esta Sala ha abandonado el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral; ha considerado que la valoración de dicho perjuicio debe ser hecha por el juzgador en cada caso según su prudente juicio, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquel se presente en su mayor grado²⁵⁵.

Se observa que, en este caso, se condenó a la demandada, única apelante en la presente instancia, a pagar a la lesionada y su madre la suma correspondiente en pesos a 1.000 gramos de oro para cada una y a su hermano el equivalente a 400. Dichas sumas ascienden, a la fecha de la presente sentencia, a \$45.545.570.00 y \$18.218.228.00, respectivamente, y en su orden equivaldrían a 105.02 y 42.00 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Estos valores no superan lo solicitado en la demanda y se ajustan, estrictamente, a la condena de primera instancia. Por lo anterior, se modificará la parte resolutive de la condena, que se expresará en salarios mínimos legales mensuales. [...]”²⁵⁶.

Co

- Se había tenido por cierta una subregla según la cual, se debía conservar la liquidación en gramos oro, si esta era más beneficiosa al demandado. Y viceversa, se podía cambiar a smlmv si resultaba más beneficiosa. Parecería que del precedente jurisprudencial se deriva como regla general que la liquidación debe hacerse en smlmv.

²⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646.

²⁵⁶ CE. Sección Tercera. Ponente: Enrique Gil Botero. Sent. del 3 de mayo de 2007. Rad. N° 50001-23-26-000-1991-06081-01(16696). Actor: Luz Marina Ramírez Barrios y otros. Demandado: Nación, Mindefensa, Polinal.

A

Actividad pedagógica 11

T C

- La relación de causalidad entre la explosión de un electrodoméstico y una descarga eléctrica.
- En el proceso el demandante demostró que uno de los postes cercanos a la residencia afectada, no tenía pararrayos. También demostró que una persona había sido víctima de una explosión de un electrodoméstico en la vivienda. Pero el informe pericial indica que no hay ninguna relación entre lo uno y lo otro. El Juez o Jueza duda si bajo los parámetros del riesgo excepcional, no es importante aquella relación de causalidad.

P

- ¿Es necesario demostrar el nexo causal aunque se considere que en el caso es aplicable el régimen de imputación jurídica objetivo (riesgo excepcional, daño especial, etc.)?

S

- En reciente fallo el Consejo de Estado puntualizó:

“[...] No obstante lo anterior, también aprecia la Sala que según el dictamen pericial practicado por los ingenieros Hugo Jaramillo y Ómar Ortega Muñoz (ambos ingenieros electricistas), la sobrecarga eléctrica alegada por los demandantes no se pudo traducir, ni física ni técnicamente en la explosión que infligió al señor Heberto Araújo. En efecto, si se tiene en cuenta el experticio, una sobrecarga –bajo el supuesto de que no exista ningún aparato conectado al toma corriente–, si las protecciones están bien instaladas (breakers o cuchillas) puede generar un calentamiento anormal de los componentes eléctricos, o un calentamiento de aquel sin mayores efectos; de otra parte, bajo el supuesto en el cual se encuentra conectado un aparato eléctrico (plancha) o electrónico al toma corriente, es posible que se genere una explosión y hasta lesiones o quemaduras

sobre la persona, siempre y cuando el artefacto o aparato presente, internamente, una falla.

Como se aprecia, bajo los anteriores supuestos, es claro que la parte demandante no acreditó que el daño antijurídico sufrido por el señor Heberto Araújo fuera el producto causal (naturalístico) de una sobrecarga en el sistema eléctrico. Lo que quedó plenamente demostrado en el expediente es que externamente los componentes de distribución de energía adolecían de algunos elementos de seguridad (situación que constituye una falla), pero no se demostró que dicho perjuicio se materializara, precisamente, a causa de la ausencia del pararrayos o del cable a tierra del transformador; por el contrario, la prueba técnica demostró que una sobrecarga eléctrica no podría llegar a afectar, a nivel interno de una vivienda, al grado de producir una explosión, siempre que estuvieran idóneamente conectados los dispositivos de seguridad del inmueble, bien en la modalidad de breakers o cuchillas.

Así las cosas, en el caso objeto de análisis, la Sala encuentra que el elemento de imputación fáctica necesario para radicar en cabeza de la administración pública responsabilidad, no se encuentra demostrado, sin que para ello influya el régimen de imputación jurídica aplicable al supuesto de hecho, esto es, bien subjetivo (falla) u objetivo (riesgo excepcional, daño especial, etc.); lo anterior, como quiera que tanto en los regímenes objetivos como subjetivos es requisito *sine qua non* que la parte actora demuestre plenamente la ocurrencia del daño antijurídico, así como el nexo que vincula ese perjuicio con la actuación de la administración; la diferencia entre uno u otro régimen (subjetivo y objetivo) estriba, simplemente, en que en el segundo (objetivo) no juega el papel culpabilístico con que haya actuado la administración pública, es decir, no se torna en requisito indispensable la demostración de una falla del servicio (culpa), para configurar responsabilidad.

Sobre el asunto particular, la doctrina ha señalado lo siguiente:

“En estos regímenes [se refiere a los objetivos], es decir los de responsabilidad sin falla del servicio para que vea comprometida su responsabilidad patrimonial, al actor le basta probar el hecho dañoso, el daño sufrido y el nexo causal entre uno y otro, en tanto que la exoneración para el Estado quedará sujeta a la prueba de una causa extraña, entendida esta como la fuerza mayor o el hecho exclusivo de la víctima o de un tercero...”²⁵⁷.

²⁵⁷ Hernández Enríquez, Alier E. y Franco Gómez, Catalina. “Responsabilidad Extracontractual del Estado”, Ed. Nueva Jurídica, 2007, Pág. 15.

Entonces, existen suficientes elementos de juicio (probatorios) que permiten inferir que, en el caso concreto, no se puede vincular la actuación (que de por sí genera un riesgo) de la administración (distribución de energía) con la ocurrencia del daño antijurídico sufrido por los demandantes.

Por el contrario, en términos de probabilidad determinante²⁵⁸, según lo especificado por los peritos electricistas, el daño pudo derivarse de un imperfecto o falla en el aparato electrónico que se pretendía conectar por parte del señor Heberto Araújo.

Resulta claro, por consiguiente, que en el asunto sub júdice, no es posible atribuir responsabilidad a las entidades demandadas, en la medida que no fue acreditado por los demandantes el nexo entre el daño y la actividad de la administración, circunstancia que torna imperativo confirmar la decisión apelada, como quiera que se ajusta a los parámetros legales y jurisprudenciales trazados sobre la materia. [...]²⁵⁹.

Co

- Es interesante llamar la atención sobre el argumento de racionalidad jurídica que permite destruir el nexo causal. Dicho argumento se fundamenta en el peritaje que descartó la causal naturalística, entre sobrecarga y explosión del electrodoméstico. Vale recordar, por vía de extrapolación, el clásico ejemplo de J. von Kries con el cual explicó la teoría de la causalidad adecuada en 1880. Veamos: Un cochero negligente se queda dormido, los caballos toman un recorrido equivocado. El coche es alcanzado por un rayo que mata a un pasajero. La negligencia del cochero es una causa de la muerte del pasajero, pero la causa no es adecuada. Sin embargo, podría ser adecuada en otro caso, por ejemplo, cuando la cadena de causación desde quedarse dormido hasta la muerte del pasajero no incluye rayos sino, en su lugar, una caída a una cuneta. En el último caso –pero no en el primero– von Kries resalta que estamos ante una causación generalizable. La negligencia

²⁵⁸ “...el Juez o Jueza puede contentarse con la probabilidad de su existencia, es decir, que la relación de causalidad queda probada cuando los elementos de juicio suministrados conducen a un grado suficiente de probabilidad...Basta con que el Juez o Jueza, en el caso en que por la naturaleza de las cosas no cabe una prueba directa, llegue a la convicción de que existe una “probabilidad determinante.” De Angel Yagüez, Ricardo “Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil. Con especial atención a la reparación del daño”, Ed. Civitas, Madrid, 1995, Pág. 77.

²⁵⁹ CE. Sección Tercera. Ponente: Enrique Gil Botero. Sent. del 31 de mayo de 2007. Rad. N° 76001-23-25-000-1996-02792-01(16898). Actor: Heberto Araújo y otros. Demandados: CVC y Empresa de Energía del Pacífico.

del cochera es generalmente apta para ocasionar tal accidente y para incrementar la posibilidad o probabilidad de él²⁶⁰.

En el caso concreto podríamos decir que la causalidad (ausencia de pararrayos) no es adecuada, porque no es idónea para producir un determinado tipo de daño (explosión del electrodoméstico). Al parecer, en el caso intervino otra causa (naturalística) más adecuada, esto es, la deficiente conexión (ausencia de breakers, cuchillas o fusibles de seguridad), por un lado, y por el otro, un posible desperfecto del electrodoméstico, que según los argumentos de la sentencia no son hechos probados, sino supuestos de la experticia.

Como vemos aquí, el Juez o Jueza queda atrapado en el parapeto técnico, y poco puede argumentar ante las afirmaciones técnicas que fueron categóricas.

Ap

Actividad pedagógica 12

TC

- Liquidación de perjuicios materiales.
- En el mismo caso anterior, esto es, en un proceso de reparación directa en contra del ejército quedó probado que los militares actuaron imprudentemente al disparar en contra de un campesino. Como consecuencia del disparo el campesino quedó parapléjico. El Juez o Jueza tiene dudas sobre la manera correcta de liquidar los perjuicios materiales, en un caso tan complejo.

Pj

- ¿Cuáles son las fórmulas actuariales más importantes que deben aplicarse al momento de liquidar los perjuicios morales?

²⁶⁰ La anterior nota transcrita de la revista Doxa, N° 22 de 1999, en un artículo publicado por Aleksander Peczenik y Jaap Hage, intitulado “Conocimiento jurídico, ¿Sobre qué?”

Sj

- En reciente fallo el Consejo de Estado nos muestra un buen ejemplo:

“[...] Perjuicios materiales

Daño emergente

En la demanda se solicitó condenar a la accionada al pago del daño emergente futuro, consistente en los gastos que el lesionado deberá efectuar para mantener su estado de salud, dadas las precarias condiciones físicas y síquicas en las que quedó a consecuencia del daño por él padecido. Se pidió el pago de las expensas necesarias para costear lo siguiente:

Servicio permanente de: un fisiatra, un siquiatra, un sexólogo, un sicólogo, un auxiliar de enfermería 24 horas al día.

Servicio permanente de una institución especializada en pacientes de las condiciones del lesionado, como por ejemplo la Fundación “Pro - rehabilitación del Minusválido - Teletón.

Una silla de ruedas y los medicamentos que el lesionado requiera a futuro.

Se señaló que tales servicios debían ser prestados a domicilio en virtud de la imposibilidad física del lesionado, para desplazarse a los distintos centros de salud, lo cual debía ser considerado al momento de efectuar la condena (fls. 14 a 17 c.p.).

La sentencia recurrida negó una condena por ese concepto en razón a que no obraban en el expediente elementos que permitieran su cálculo, decisión que fue apelada (sentencia fl. 314 y recurso fls. 375 y 376 c.p.).

Al respecto, considera la Sala que en el expediente se encuentra acreditado que como consecuencia directa de la lesión padecida por J.A.A. el 15 de marzo de 1993, a futuro este requerirá distintos tipos de tratamientos de rehabilitación y cuidados especiales. El dictamen físico del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Regional Sur Oriente – Neiva, practicado al lesionado, señala claramente que el paciente, quien padece paraplejia y anestesia de sus miembros inferiores a partir de la 10ª vértebra torácica, que no tiene control de esfínteres ni posibilidades de una vida sexual plena, requiere para su rehabilitación:

“...de un equipo multidisciplinario que lo aboque en todos y cada uno de los aspectos afectados, como son su estado emocional; su vida productiva y su vida marital y sexual así como su readaptación a la sociedad. No se recomienda que sea tratado individualmente por cada tipo de profesional sino que el grupo de apoyo esté integrado en un solo programa que incluya:

- a) Servicio de rehabilitación y fisiatría.
- b) soporte emocional y psicológico.
- c) Terapia ocupacional que permita readaptarlo laboralmente.
- d) Soporte familiar que le ayuda en su larga recuperación” (fls. 156 a 158 c.p.).

A similar conclusión llegó el Perito Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, que practicó una evaluación siquiátrica a J.A.A.:

“1. de acuerdo con lo conocido el examinado J.A.A. requiere tratamiento especializado por psiquiatría.

2. El tratamiento mencionado debe realizarse en cualquier centro especializado, particular o del estado (sic) en forma ambulatoria, el tiempo y el número de cesiones semanales serán determinadas por el psiquiatra tratante.

3. El costo del tratamiento depende del tipo de psicoterapia que vaya a recibir el paciente. Cada cita tiene un costo de \$15.000 en la Unidad de Salud Mental del Hospital General de Neiva y \$55.000 a nivel particular.

4. En estos casos no se requiere de atención permanente por parte de psicología o sexología ya que de acuerdo con la evolución, después de la fase inicial del tratamiento se programan controles mensuales, semestrales o anuales hasta que el médico tratante dé por concluido el mismo.

5. Las personas víctimas de lesiones invalidantes pueden desarrollar diversas alteraciones de orden psíquico como trastornos de ajuste, cuadros depresivos de diferente intensidad, trastornos de ansiedad, trastornos de sueño, trastorno de estrés postraumático” (fls. 174 a 179 c.p.).

Con lo cual, se tiene establecido el **carácter cierto** del daño, consistente en este caso, en las secuelas en la salud de la víctima como consecuencia de la lesión

producida por la entidad pública demandada y que, deberán ser atendidas médica y siquiátricamente, lo cual sin duda le generará erogaciones pecuniarias –perjuicio– que de no ser por el daño sufrido, no tendría la necesidad de sufragar.

En cuanto a su cuantía, esta se calculará con base en la certificación original debidamente aportada al expediente, mediante la cual el Centro Nacional de Rehabilitación, Teletón, señaló que el costo de un tratamiento integral que comprenda fisiatría, terapia física, terapia ocupacional, psicología, psiquiatría, urología y sexología, era de \$600.000 mensuales (certificación original del Centro Nacional de Rehabilitación, Teletón, de junio 20 de 1997, fls. 159 a 162 c.p.).

Es decir, a fin de mantener su estado de salud y procurar su rehabilitación física y emocional, el señor J.A.A. habría debido efectuar, a partir de su salida del Hospital Universitario de Neiva el 23 de mayo de 1993, erogaciones mensuales correspondientes a \$600.000 (copia auténtica historia clínica, fls. 89 a 154 c.p.).

Dicha suma se actualizará a la fecha de esta sentencia:

$$Ra = Rh \frac{Ipc(f)}{Ipc(i)}$$

Ra = Renta actualizada a establecer.

Rh = Renta histórica, \$600.000.

Ipc(f) = Es el índice de precios al consumidor final, es decir, 176,34 que es el correspondiente a julio de 2007.

Ipc(i) = Es el índice de precios al consumidor inicial, es decir, 37,50 que es el que correspondió al mes de mayo de 1993.

$$Ra = \$600.000 \frac{176,34}{37,50} = \$2'821.440$$

Con base en lo anterior, se tasará el daño emergente debido o consolidado, que abarca el lapso transcurrido desde el momento en el que el señor J.A.A. habría debido efectuar dichas erogaciones, es decir, a partir de su salida del Hospital Universitario de Neiva el 23 de mayo de 1993, hasta la sentencia en la que se dispone la indemnización y, el daño emergente futuro o anticipado, que abarca el período transcurrido entre la sentencia y la vida probable del lesionado.

Es importante señalar que si bien en la demanda no se solicitó expresamente la indemnización del daño emergente consolidado o histórico, en virtud de que su causación aparece plenamente demostrada en el expediente, será reconocido por la Sala, en aras de hacer efectivo en principio de la reparación integral del daño.

- Cálculo de la indemnización por daño emergente debido, consolidado o histórico:

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

Para aplicar se tiene:

S = Suma a obtener.

Ra = Renta actualizada, es decir \$2'821.440.

i = Tasa mensual de interés puro o legal, es decir, 0,004867.

n = Número de meses transcurridos desde el momento en el que el señor J.A.A. habría debido efectuar las erogaciones, es decir, a partir de su salida del Hospital Universitario de Neiva —mayo 23 de 1993— hasta el momento de la sentencia —16 de ago. de 2007—, es decir 170,76 meses.

1 = Es una constante

$$S = \$2'821.440 \frac{(1 + 0.004867)^{170.76} - 1}{0.004867} = \$748'515.699$$

- Cálculo de la indemnización por daño emergente futuro o anticipado:

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

Para aplicar se tiene:

S = Suma a obtener.

Ra = Renta actualizada, es decir \$2'821.440.

i = Tasa mensual de interés puro o legal, es decir, 0,004867.

n = Número de meses transcurridos desde la sentencia hasta la vida probable del lesionado (nacido el 17 de noviembre de 1953), es decir 279,36 meses.

l = Es una constante

$$S = \$2'821.440 \frac{(1 + 0.004867)^{279.36} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{279.36}}$$

$$S = \$2'821.440 \frac{2.881986939}{0.01889363} = \$430'375.372$$

De lo anterior se tiene que el monto total por concepto de daño emergente para el señor J.A.A., es el siguiente:

| <i>Indemnización debida:</i> | <i>Indemnización futura:</i> | <i>Total daño emergente:</i> |
|------------------------------|------------------------------|------------------------------|
| \$748'515.699 | \$430'375.372 | \$1.178'891.071 |

Ahora bien, es importante señalar que es posible que la salud del señor Ámbito Alarcón, con el paso del tiempo evolucione negativamente, como consecuencia de su invalidez –escareas e infecciones urinarias– y, como ello no puede determinarse en este momento con certeza, a fin de lograr una indemnización integral del daño, los tratamientos de los que requiera y que estén por fuera del promedio liquidado en esta sentencia, deben ser sufragados por la entidad pública a quien se le imputó el daño.

Por lo tanto la demandada será condenada al pago del daño emergente futuro en especie, pues la víctima debe quedar indemne o cuando menos, en la situación más parecida a aquella que presentaba antes de la ocurrencia del daño y en el caso concreto, privar al lesionado de los referidos tratamientos médico asistenciales –por fuera de los ya liquidados– implicaría que este no quedaría completamente indemne.

La anterior argumentación se refuerza aún más si se tiene en cuenta que la Constitución de 1991 consagra una protección especial para todas aquellas personas que por su condición económica, **física o mental**, se encuentren en circunstancia de “debilidad manifiesta”. El artículo 13 C.P. dispone que: “... El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, **física o mental**, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”. Así mismo, el artículo 47 *Ibíd*em,

establece que “El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”.

De lo anterior se concluye que es obligación del Estado tomar las decisiones de carácter legislativo, judicial, administrativo, educativo o de otra índole que sean necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas impedidas, pues este es un deber de rango constitucional²⁶¹.

Por lo tanto, la Sala, en cumplimiento del deber antedicho y en aras de la reparación integral del daño, condenará a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, por concepto de daño emergente futuro a prestarle al señor J.A.A., la atención hospitalaria y médico quirúrgica que este requiera, así como los medicamentos que necesite, para recuperar la salud, cuando quiera que las secuelas de la lesión sufrida del 15 de marzo de 1993 así lo demanden, además, deberán serle sufragados los gastos de transporte que para ello requiera. Así mismo, se le deberá proveer de una silla de ruedas²⁶².

Lucro cesante

El Tribunal consideró que no era posible condenar a la entidad pública demandada, por concepto de lucro cesante a favor del lesionado, ya que de las pruebas obrantes en el expediente no era viable determinar el porcentaje de incapacidad sufrido por la víctima y en consecuencia, no era factible efectuar la liquidación correspondiente (fls. 314 y 315 c.p.).

Al respecto considera la Sala que se encuentra plenamente acreditado que a raíz de la lesión sufrida el 15 de marzo de 1993, J.A.A. quedó, de manera

²⁶¹ Al respecto ver entre otras: Corte constitucional, Sentencias T-619, y T-598 de 2005 y T-135 de 2006.

²⁶² Las condenas en especie no son nuevas para la jurisdicción de lo contencioso administrativo: Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, Sentencia de julio 19 de 2000, Exp. 11842, Sentencia de septiembre 4 de 2003, Exp. 13320, las dos con ponencia de Alier Hernández, y Sentencia de marzo 8 de 2007, Exp. 15739, C.P. Ramiro Saavedra. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia, ha entendido que condenar al Estado a prestar a la víctima tratamiento de salud, psicológico y psiquiátrico, es determinante para una reparación integral del daño: “...el Estado debe proveer [a la víctima], previa manifestación de su consentimiento para estos efectos, sin cargo alguno y por medio de los servicios nacionales de salud, un tratamiento adecuado, incluida la provisión de medicamentos”. Ver: Corte IDH, Caso Fermín Ramírez, párr. 130. Y en el mismo sentido caso Caesar, párr. 131; Caso Lori Berenson Mejía, párr. 238; Caso Masacre Plan de Sánchez, Sent. de reparaciones, párrs. 106 y 107; Caso de la Cruz Flores, párr. 168; Caso Tibi, párr. 266 y Caso Bulacio, párr. 100.

definitiva, paralizado a partir de la 10ª vertebra torácica hacia abajo –paraplejia de miembros inferiores– por lo cual, está en imposibilidad permanente de caminar y de dedicarse a la labor productiva de la cual derivaba su sustento diario, es decir, de ejecutar las labores agropecuarias propias del campo. Tanto así que debió abandonar la finca de su propiedad, pues no podía movilizarse por el terreno irregular de sus tierras de labranza y, ante esa situación de desplazamiento, tuvo incluso que pedir limosna para procurarse su subsistencia y las expensas necesarias para atender su nueva situación de discapacidad (testimonios a fls. 76 a 86 c.p.; copia auténtica Historia Clínica a fls. 85 a 154 vto. c.p. y; dictamen del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Regional Sur Oriente – Neiva a fls. 156 a 158 c.p.).

De lo anterior concluye la Sala que está plenamente establecido el carácter cierto del daño –pérdida o disminución de capacidad laboral– por lo cual, la víctima tiene derecho a que se le indemnice, a título de lucro cesante, la pérdida o aminoración de la posibilidad que tenía de ganarse la vida en su actividad lucrativa empleando el 100% de su capacidad laboral. Tal razonamiento deriva de entender a la víctima a partir de su dignidad e integridad humanas, que no pueden verse quebrantadas a raíz del daño y que deben permanecer indemnes a pesar de él, para que pueda quedar en una posición frente a la vida y a las posibilidades que ella le ofrezca, como si el daño no hubiera ocurrido o lo más cercano a una situación tal²⁶³.

Ahora bien, a pesar de que en el dictamen rendido por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses no se determinó de manera exacta cuál es el porcentaje de incapacidad médico laboral que presenta el señor Ámbito Alarcón; dada la certeza que arroja el material probatorio, acerca de que el lesionado está imposibilitado definitiva y permanentemente para dedicarse a la actividad de la cual derivaba su sustento hasta la ocurrencia del daño imputado al Estado, la Sala considera que esa imposibilidad equivale al 100% de la capacidad laboral del lesionado.

En efecto, la Sala ha estimado en otras oportunidades²⁶⁴ que el lucro cesante se debe determinar mediante la valoración de todas las circunstancias particulares

²⁶³ Sentencias en ese sentido: Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, Sentencia de agosto 17 de 2000, Exp. 12123, C.P. Alíer Hernández, y Sentencia de noviembre 22 de 2001, Exp. 13121, C.P. Ricardo Hoyos; entre otras.

²⁶⁴ Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, Sentencias de 15 de enero de 1995, Exp. 10986, C.P. Jesús María Carrillo; 24 de julio de 1997, Exp. 940, C.P. Carlos Betancur Jaramillo y más recientemente, Sentencia de noviembre 27 de 2006, Exp. 26147, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

demostradas, no solo por el dictamen médico legal, en el entendido de que la configuración de este perjuicio impone establecer la repercusión concreta que produce en cada víctima una discapacidad.

Así en sentencia proferida el 24 de julio de 1997, la Sala consideró que el reconocimiento del 40% de incapacidad laboral que tuvo en cuenta el Tribunal de instancia para cuantificar el lucro cesante padecido por una persona que se desempeñaba como torero, no se ajustaba a las pautas jurisprudenciales adoptadas por la Sala, “pues si el demandante en su condición de torero perdió la totalidad de su capacidad laboral para ejercer dicha profesión, la condena en perjuicios debía ser por dicha totalidad”²⁶⁵.

Y en sentencia de noviembre 27 de 2006 Exp. 26147, se señaló que “Y si bien es cierto que el tribunal aplicó las fórmulas mediante la utilización del 100% del salario que percibía para la época de la lesión, la Sala encuentra dicha decisión ajustada a derecho, porque el señor Palencia quedó en imposibilidad de conducir nuevamente un vehículo porque padeció “amputación parcial de mano izquierda con exposición ósea y músculo tendinosa. (...) Fracturas abiertas expuestas de manos con amputación traumática parcial de la izq. y amputación traumática (sic) parcial de 2º, 3º y 4º dedos mano derecha”²⁶⁶.

Con fundamento en lo anterior y en aras de la indemnización plena del daño se condenará a la entidad pública demandada a indemnizar a J.A.A. el lucro cesante, con base en el 100% de pérdida de su capacidad laboral, toda vez que perdió la totalidad de su capacidad laboral para desarrollar las actividades agropecuarias.

En cuanto al ingreso base para llevar a cabo la liquidación, en el expediente no obra prueba sobre cuál era el monto que el lesionado percibía por su actividad agropecuaria, antes de la ocurrencia del daño, por lo tanto, se tomará como base de liquidación el salario mínimo legal mensual vigente al momento de producirse este, bajo el entendido de que es esa la cantidad mínima que habría devengado.

Actualización de la renta:

$$Ra = Rh \frac{Ipc(f)}{Ipc(i)}$$

²⁶⁵ Exp. 9401, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

²⁶⁶ Exp. 26147, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

R_a = Renta actualizada a establecer.

R_h = Renta histórica, el smmlv en 1993, que fue de \$81.510.

$I_{pc}(f)$ = Es el índice de precios al consumidor final, es decir, 176,34 que es el correspondiente a julio de 2007.

$I_{pc}(i)$ = Es el índice de precios al consumidor inicial, es decir, 36,20 que es el que correspondió al mes de marzo de 1993.

$$R_a = \$81.510 \frac{176,34}{36,20} = \$397.057$$

En este punto del cálculo, nota la Sala que a la fecha, la actualización del salario mínimo legal mensual vigente de 1993, es inferior al salario mínimo legal mensual actual (\$433.700.). Por tal razón, en aplicación del artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y de los principios de reparación integral y equidad allí contenidos, se tomará este último como base para el cálculo²⁶⁷.

Ahora, si bien en la demanda se solicitó que para efectos de la base de liquidación, esta se incrementara en un 25% por concepto de prestaciones sociales, la sala no accederá a esa solicitud en atención a que, de las pruebas obrantes en el expediente se tiene que el señor Ámbito Alarcón, se desempeñaba como agricultor de manera informal, es decir, sin que mediara un vínculo laboral formal del cual pudiera recibir, además de un salario mensual, las prestaciones sociales a las que por ley tiene derecho en Colombia, quien goza de un vínculo tal²⁶⁸ (testimonios a fls. 76 a 86 c.p.).

Con base en lo anterior, se tasará la indemnización debida o consolidada, que abarca el lapso transcurrido desde el momento del daño hasta la sentencia en la que se dispone la indemnización y la indemnización futura o anticipada, que abarca el período transcurrido entre la sentencia y la vida probable del lesionado.

- Cálculo de la indemnización debida, consolidada o histórica

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

²⁶⁷ Op. cit. Sentencia del 5 de julio de 2006, Exp. 14686.

²⁶⁸ Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, Sent. de julio 19 de 2001, Exp. 13086, C.P. Alíer Hernández E.

Para aplicar se tiene:

S = Suma a obtener.

Ra = Renta actualizada, es decir \$433.700.

i = Tasa mensual de interés puro o legal, es decir, 0,004867.

n = Número de meses transcurridos desde el momento del daño –15 mar. 1993– hasta el momento de la sentencia –16 de ago. de 2007–, es decir 173,04 meses.

1 = Es una constante

$$S = \$433.700 \frac{(1 + 0.004867)^{173.04} - 1}{0.004867} = \$117.331.389$$

- Cálculo de la indemnización futura o anticipada

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

Para aplicar se tiene:

S = Suma a obtener.

Ra = Renta actualizada, es decir \$433.700.

i = Tasa mensual de interés puro o legal, es decir, 0,004867.

n = Número de meses transcurridos desde la sentencia hasta la vida probable del lesionado (nacido el 17 de noviembre de 1953), es decir 279,36 meses.

1 = Es una constante

$$S = \$433.700 \frac{(1 + 0.004867)^{279.36} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{279.36}}$$

$$S = \$433.700 \frac{2.881986939}{0.01889363} = \$66.155.508$$

De lo anterior se tiene que el monto total por concepto de lucro cesante, para el señor J.A.A., es el siguiente:

| | | |
|------------------------------|------------------------------|-----------------------------|
| <i>Indemnización debida:</i> | <i>Indemnización futura:</i> | <i>Total lucro cesante:</i> |
| \$117'331.389 | \$66'155.508 | \$183'486.897 |

Así las cosas, el resumen del monto indemnizatorio en directo respecto de los damnificados con la lesión del señor J.A.A., es el que sigue:

| <i>Damnificado</i> | <i>Daño moral</i> | <i>Perj. a la vida de relación</i> | <i>Daño emergente:</i> | <i>Lucro cesante:</i> |
|--------------------|-------------------|------------------------------------|------------------------|-----------------------|
| J.A.A. | 100 s.m.m.l.v. | 400 s.m.m.l.v. | \$1.178'891.071 | \$183'486.897 |
| Eusebio A. | 100 s.m.m.l.v. | 200 s.m.m.l.v. | - 0 - | - 0 - |
| María E.A | 100 s.m.m.l.v. | 200 s.m.m.l.v. | - 0 - | - 0 - |
| Pastor A.A. | 60 s.m.m.l.v. | 100 s.m.m.l.v. | - 0 - | - 0 - |

[...]”²⁶⁹.

Co

- Creemos que el ejemplo es muy pedagógico y completo. Basta con seguir paso a paso la liquidación para entender cómo debe hacerse. Este caso lo proponemos como un abre bocas para la siguiente Unidad 21.

²⁶⁹ CE. Sección Tercera, Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, Sent. del 16 de agosto de 2007. Rad. N° 41001 23 31 000 1993 07585 01 (30114). Actor: José Ámbito Alarcón y otros. Demandado: Nación, Mindefensa, Ejército Nacional.

UNIDAD 21

LIQUIDACIÓN DE LAS CONDENAS EN LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Por Rocío Orozco Botero
Contadora

O

- Desarrollar ejemplos de liquidación de sentencias con aplicación de las fórmulas de matemáticas financieras más utilizadas en la jurisprudencia.
- Mostrar paso a paso la forma en que se aplican dichas fórmulas y las variantes casuísticas más importantes.
- Destacar la importancia de dichas fórmulas para efectos de la reparación integral y equidad, lo mismo que los criterios técnicos actuariales de que trata el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

ENSAYO. CONCEPTOS CLAVE

El presente trabajo no puede calificarse como integral o exhaustivo. Busca orientar el trabajo relacionado con la liquidación de los perjuicios materiales de acuerdo con las subreglas fijadas por la Jurisprudencia del Consejo de Estado, porque a través de ella se han definido las bases y se han desarrollado las fórmulas que reaplican para el efecto, de acuerdo con la práctica judicial vivida por la autora de estas líneas. Significa entonces que de la misma manera pueden ser variadas hacia el futuro cuando encuentren motivos para hacerlo.

Y seguro que los encontrarán toda vez que al establecer las bases para liquidar, por ejemplo en unas sentencias con relación a la edad límite del occiso soltero de quien sus padres reclaman indemnización por perjuicios materiales, se aceptan 25 años y en otras se ha dicho que 30 años. Lo más uniforme hasta el momento son los 25 años.

Últimamente se están beneficiando a los padres hasta su vida probable siempre y cuando se demuestre su incapacidad para generar ingresos, como por ejemplo por invalidez. Habrá luego teorías que modifiquen esta posición.

Algo semejante puede decirse de las fórmulas aplicables a los diferentes tipos de indemnización. En el caso de la actualización de las condenas, las sentencias del Consejo de Estado están utilizando como índice final el de la fecha de la liquidación elaborada por esa Corporación, lo que puede ser modificado para que sea más justa la condena, ordenando que este indicativo debe ser el de la ejecutoria de la sentencia.

La importancia de estos asuntos es mayor con la expedición de la Ley 446 de 1998 que establece en su artículo 16:

“Valoración de daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

DAÑOS MATERIALES

Puede definirse el daño material así: “[...] *Por perjuicios materiales entendemos aquellos que afectan el patrimonio económico del perjudicado y aceptamos la división que, para la responsabilidad civil contractual, hacen los arts. 1613 y 1614 C.C. que se ha aceptado por la doctrina y la jurisprudencia nacionales para la responsabilidad civil extracontractual y que comprende el daño emergente y el lucro cesante*”²⁷⁰.

“Evaluación del daño emergente. Como para nosotros el daño emergente, en una fórmula muy simple, es el valor que sale del patrimonio del perjudicado para atender las consecuencias del daño, la manera de hacer su evaluación también es muy sencilla”²⁷¹.

²⁷⁰ Gilberto Martínez Rave. “La Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia”, Biblioteca Jurídica DIKE, 3ª Edición, pág. 265.

²⁷¹ Martínez Rave. Op. cit.

Cuantificar este daño en la gran mayoría de las ocasiones requiere de la ayuda de peritos. Hay casos en que se trata de valorar terrenos, cosechas, vehículos, propiedades, etc.; en otros con las facturas debidamente reconocidas, contabilidad, documentos públicos, se establece la suma a reconocer.

Una vez obtenida la cuantía en una fecha determinada se acude a la fórmula de actualización, utilizando los índices correspondientes.

1.2. Lucro cesante. Dice Martínez Rave: “[...] *Si nos atenemos a la definición del art. 1614 del Ordenamiento Civil, que recoge la tendencia universal, el lucro cesante es la pérdida de la ganancia, beneficio, utilidad, que sufre el perjudicado como consecuencia del hecho dañoso. Más sencillamente lo que deja de entrar al patrimonio económico del perjudicado como consecuencia del daño. [...]*”²⁷².

En este ensayo me referiré a la evaluación del lucro cesante por lesiones personales y por muerte de personas ya que en este tipo de cálculos prácticamente están descartados los peritos para establecerla, toda vez que la Jurisdicción Contenciosa los determina.

Cosa distinta sucede cuando se trata de calcular la productividad que dejó de percibirse de bienes como vehículos, cosechas, ganado, fábricas, equipo, etc., donde es necesario el apoyo de especialistas en cada materia.

LA DEMANDA

A nuestro modo de ver, facilita el trabajo para el cálculo de los perjuicios, los siguientes atributos de la demanda:

Importancia de unas peticiones y aseveraciones claras y precisas. Que en la demanda se especifique con claridad y precisión el ingreso mensual a reconocer, que se pida expresamente el reconocimiento del incremento por prestaciones sociales en el caso de asalariados, entre otros.

Debe determinarse la cuantía de los perjuicios materiales al momento de la demanda y solicitar expresamente la actualización establecida por el artículo 178 del C.C.A.

²⁷² Gilberto Martínez Rave. “La Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia”, Biblioteca Jurídica DIKE, 3ª Edición, pág. 266.

Un mal cálculo en la demanda, conduce a que el valor de la liquidación sea inferior al que realmente pudo pedirse y por ende condenarse.

Pruebas

Para facilitar la determinación de los perjuicios y la determinación de las variables de las fórmulas aplicables, deben tenerse en cuenta las siguientes reglas:

Certificados de registro civil. Debe tenerse cuidado en el aporte de dichos documentos, cuando es indispensable para concretar las sumas a las cuales se condenará. Si alguno de los beneficiarios no lo anexa, lo más posible es que el Juez o Jueza condene In – Genere, para cuantificar las sumas por incidente posterior, lo que implica más demoras para la sentencia definitiva por perjuicios materiales²⁷³.

3.2. Certificados de ingresos. Para probar los ingresos pueden aducirse a los siguientes documentos:

Certificación de la empresa donde trabajaba el occiso o el lesionado.

Declaraciones de renta cuando se trata de personas con profesión independiente y dicen haber ganado mucho dinero.

En caso de no poder aportar ninguna de las pruebas anteriores, se acude al salario mínimo legal mensual, actualizado, vigente al momento de los hechos o al salario mínimo legal mensual que rige para la época de la liquidación. El que sea mayor.

Otros medios de prueba. Por declaraciones de testigos, pero prácticamente estos testimonios no los ha tenido en cuenta el Consejo de Estado por considerar que no tienen credibilidad, toda vez que normalmente no suministran la razón de su dicho, es decir, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que percibieron los supuestos hechos objeto de su narración.

- Necropsia. Normalmente se acompaña al proceso para efectos de determinar la causa de la muerte. Generalmente en este certificado se indica la vida probable y esta se toma para definir el total del período a indemnizar. Vida probable que está por encima de lo que digan las tablas de mortalidad, toda vez que

²⁷³ Otra posibilidad es que el Juez, antes de dictar sentencia, decreta prueba de oficio a fin de que aporten tales registros y pueda condenar en concreto. Esto último es lo más aconsejable, por obvias razones.

los médicos legistas tuvieron la oportunidad de revisar los diferentes órganos de la víctima y pueden encontrar diferentes daños que pueden modificar la vida probable.

3.4. Tablas de mortalidad.

En ausencia de la necropsopia se acude a las tablas de mortalidad que son expedidas por la Superintendencia Bancaria o por el Seguro Social, elaboradas con fundamento en estudios estadísticos que han permitido obtener cifras que han sido oficializadas como vida probable en el país.

3.4.2. En el caso de beneficiario lesionado dichas tablas son de obligatoria consulta ya que obviamente no existe necropsopia.

Cuando el beneficiario es el cónyuge sobreviviente se consultan las tablas con el fin de compararlas con la vida probable del occiso y la que sea menor se tiene como total del período a indemnizar.

Fórmulas

En el repaso que se hace sobre la jurisprudencia, en el tema del manejo de las liquidaciones, se observa que las fórmulas no han variado, se emplean las de las matemáticas financieras definidas por período vencido o consolidado y por período futuro.

En lo que ha variado el Consejo de Estado, es en la determinación de la renta, la que actualiza con base en los índices de precios al consumidor.

El interés técnico lo unificó para ambas fórmulas a partir de diciembre de 1987. Antes de esta fecha empleaba para el desarrollo de la fórmulas, una rata del 1.8% mensual para la indemnización consolidada y, para la futura el 0.5% mensual.

El interés de las sumas consolidadas era más alto que el de la futura pues se consideraba que había que pagar más rendimiento a lo dejado por pagar que lo que se estaba pagando anticipadamente. Y una forma de actualizar la renta, en esa época, era tomar el valor resultante del desarrollo de la vencida y dividirlo para el número de meses indemnizados. Esta renta era la utilizada para calcular el monto de la indemnización futura.

Al entrar en vigencia el Decreto 01 de 1984 empezó a cambiar la forma de liquidación. En sentencia del 16 de diciembre de 1987, Ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo, actor: Olga Lucía Mc Ewen vda. de Betancur, se empezó a dar aplicación al artículo 178 del C.C.A.

En dicha providencia se estableció que la renta debía ser actualizada desde la fecha de los hechos hasta la fecha de la sentencia. Además se habla de mismo interés tanto para la vencida como para la futura, el 6% anual, es decir, el 0.4867% mensual (0.004867). Con estas variables se pretende indemnizar, adicionalmente a la capitalización del interés, el valor de la pérdida del dinero —la depreciación de la moneda en el tiempo— mediante los índices publicados por el DANE, los que por ser de público conocimiento no necesitan ser certificados.

Uno de los mecanismos para aplicar dichas fórmulas son las llamadas tablas de Garuffa. Pero a más de que han caído en desuso, porque no reflejan la realidad de la misma manera, tienen el inconveniente de que no trabajan con un interés técnico mensual del .04867% utilizado en las providencias del Consejo de Estado, lo que conduce a que, mientras no se desarrollen con esta constante necesitamos utilizar la calculadora científica.

5. Fórmula de actualización

Con esta fórmula se busca reconocer el valor actual del dinero. A una suma que debió percibirse en el momento de los hechos se le da el valor real, pasado un tiempo determinado, utilizando los índices de precios al consumidor suministrado por el DANE, así:

$$V_p = V_h \times \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Donde:

V_p = Valor presente de la suma que se quiere actualizar

V_h = Valor que se quiere actualizar

I_f = Índice a la fecha de la sentencia

I_i = Índice a la fecha de los acontecimientos.

Así se actualiza el valor de la renta mensual que ganaba el occiso al momento de los hechos, o el lesionado beneficiario de la indemnización. También se utiliza para actualizar montos por daño emergente, valor de contratos y para actualizar salarios, pensiones y demás prestaciones laborales de los servidores (as) públicos, en los casos que debieron ser demandados estos derechos, aunque en este último

caso con algunas variables determinadas por la naturaleza de los pagos —si son instantáneos o periódicos—²⁷⁴.

Es de anotar que el Consejo de Estado para la actualización de la renta utiliza las siguientes variables:

$$Ra = R \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

Donde:

Ra = Renta mensual actualizada

R = Renta mensual al momento de los hechos.

Los índices son utilizados en la fórmula general.

Algunas de las variables de la renta mensual que se reconoce a los beneficiarios, son:

Cuando el occiso era cabeza del grupo familiar

A la renta mensual demostrada se le resta el 25% que se considera utilizaba para su propia supervivencia. El 75% restante se divide en 50% para el cónyuge supérstite y el otro 50% se divide en partes iguales para los hijos menores de 18 años (Carmenza Rodríguez Gallego C/La Nación. Sentencia del 13 de febrero de 1996, M.P. Juan de Dios Montes H. Exp.11213).

Cuando no hay hijos beneficiarios de perjuicios materiales

La renta se divide en dos, porque se presume que el occiso utilizaba el 50% para su manutención y el otro 50% era para la cónyuge (María Teresa Chavarría C/La Nación. Sentencia del 17 de octubre de 1996, M.P. Carlos Betancur Jaramillo, Exp.10.052).

En caso de occiso soltero

A la renta mensual se le resta el 50% que se considera utilizaba para su propia subsistencia y el otro 50% se distribuye por partes iguales entre los progenitores. Si

²⁷⁴ Cuando se trate de pagos de tracto sucesivo o periódicos, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada salario y para los demás emolumentos (primas), teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

es uno de ellos el que reclama se le asigna todo el 50% (María Clementina Roldán C./La Nación; sentencia del 22 de octubre de 1992, M.P. Juan de Dios Montes H. Exp.5811).

Cuando el que reclama es la compañera

Se asimila a la misma situación de la cónyuge (Ver sentencia citada en el literal a) anterior). Situación que antes no se reconocía de esta manera, por el contrario a la compañera se le daba el tratamiento de hija siempre y cuando la pareja hubiera procreado (María Alexia Arango G./La Nación, sentencia del 16 de marzo de 1992, Exp.6637).

Cuando el beneficiario es una persona que quedó con alguna limitación física que le impide para trabajar.

Se toma toda la renta demostrada y se le aplica el porcentaje de incapacidad determinado por el médico legista.

6. Fórmula de indemnización vencida:

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

Donde:

Ra = Renta mensual actualizada

i = Interés técnico mensual, a la fecha se está utilizando el 0.4867 mensual = 0.4867% mensual.

n = Número de meses comprendidos entre la fecha de los hechos y la fecha de presentación de la demanda. En la sentencia viene a ser hasta la fecha en que se emita esta.

Con esta fórmula se pretende indemnizar a los beneficiarios con un monto total acumulado basado en pagos uniformes mensuales actualizados. Es decir, que se reconoce, en el caso de muerte, lo que se hubiera percibido si durante ese período hubiese trabajado y lo estuviera acumulando y capitalizando.

Algunas de las variables de n en esta fórmula, son:

Cuando la mayoría de edad de los hijos es anterior a la fecha de la sentencia, el período se toma hasta que cumplan los 18 años.

Excepciones

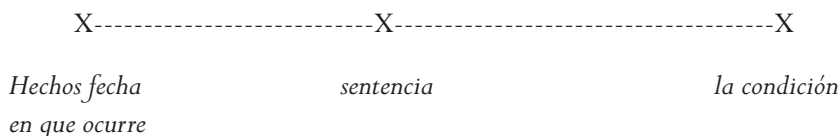
En los casos en que se demuestre estar realizando estudios superiores, el período a reconocer es hasta los 25 años. (Carlota Escobar de Trujillo C/Ministerio de Obras Públicas. Sentencia del 02 de mayo de 1996, Exp. 9953).

Otra excepción a esta pauta se da cuando los hijos beneficiarios sean discapacitados. En este caso el período se extiende hasta la vida probable del padre muerto, pues hasta ese momento velaría por la manutención de su hijo.

Cuando el occiso es soltero

La jurisprudencia ha aceptado perjuicios materiales para los padres hasta que el muerto hubiere llegado a los 25 años (María Elvira Parra Jiménez C/La Nación, sentencia del 22 de octubre de 1992, Exp. 6623). Si esto se cumple antes de la sentencia el período se cuenta hasta que hubiere llegado a esa edad, así:

Ejemplo gráfico:



7. Fórmula de indemnización futura

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

Donde:

Ra = Renta mensual actualizada

$$i = \text{Interés técnico mensual} = 0.4867\% \text{ mensual}$$

n = Número de meses que transcurrirán entre la fecha de la sentencia y hasta terminar período indemnizatorio calculado previamente.

Períodos con vencimiento después de la sentencia

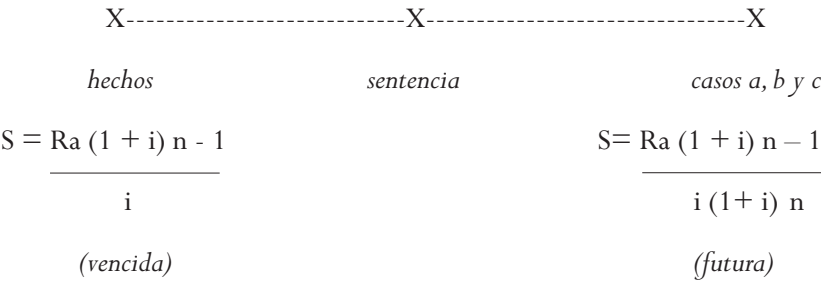
Cuando la vida probable, del occiso o cónyuge, termina después de la sentencia.

Cuando la mayoría de edad de los hijos del occiso se cumple después de la sentencia.

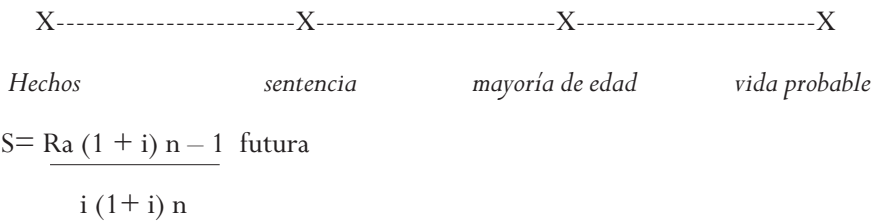
Cuando el hijo soltero muerto cumpliría los 25 años después de la sentencia.

Cuando el indemnizado es un menor de edad con problemas de incapacidad laboral y cumple la mayoría de edad en fecha posterior a la de la sentencia. En este caso sólo se liquida indemnización futura hasta la vida probable.

Ejemplo gráfico casos a, b y c:



Ejemplo gráfico caso d:



8. Determinación de las bases en los casos prácticos

Con la presentación de algunos casos concretos, podrán entenderse mejor las bases para poder desarrollar las fórmulas.

8.1. Ejemplo cuando la beneficiaria es la cónyuge o la compañera

Demandante: Olga Margarita

Naturaleza: Reparación directa

LIQUIDACIÓN PERJUICIOS MATERIALES**1. Bases**

| | |
|---|--|
| Nombre del occiso: | Guillermo León |
| Fecha nacimiento: | 23 de septiembre de 1970 (f.14) |
| Fecha de la muerte: | 5 de marzo de 1995 (f.15) |
| Edad: | 24 años 5 meses |
| Vida probable: | 48-89 años (Res.0096/90 de la Superbancaria) |
| Período a indemnizar: | 587 meses |
| Fecha sentencia: | 18 de febrero de 1999 |
| Período vencido: | Marzo 5 de 1995 – Febrero 18 de 1999 |
| | 3 años 11 meses (47 meses) |
| Período futuro: | 540 meses (587 – 47) |
| Nombre compañera: | Olga Margarita Mazo |
| Nombre y fecha de nacimiento de terceros afectados: | |
| | Juan Guillermo 05/07/1993 (f.17) |
| | Diego León 02/06/1994 (f.18) |
| Salario mínimo 1995: | \$118.933,50 (Dcto. 2872/94) |
| Salario base (75%): | \$89.200,00 |
| Índice febrero 1995: | 52,83 IPC total nacional |
| Índice enero 1999: | 102,21 IPC total nacional |

2. Actualización salario base

Fórmula:

$$Ra = Rx \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

UNIDAD 21

$$Ra = 89.200 \times \frac{102,21}{52,83}$$

$$Ra = 89.200 \times 1,953$$

$$Ra = \$172.602,00$$

$$\text{Ayuda económica compañera:} \quad \$86.301,00$$

$$\text{Ayuda económica a terceros:} \quad \$43.150,00 \text{ c/u}$$

3. Indemnización vencida

$$\text{Fórmula:} \quad S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i} \quad \text{donde}$$

$$Ra = \$172.602,00 \text{ renta actualizada para el grupo beneficiario.}$$

$$n = 47 \text{ meses}$$

$$i = 0,004867, \text{ interés técnico mensual}$$

Luego,

$$S = \frac{172.602 (1,004867)^{47} - 1}{0,004867}$$

$$S = 172.602 \times 52,667$$

$$S = 9'090.430,00$$

Suma de la cual corresponde \$4'545.216 para la compañera permanente, y \$2'272.607 para cada uno de los terceros afectados.

4. Indemnización futura

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

4.1. Para Olga Margarita las variables en la fórmula son:

$$Ra = \$86.301 \text{ renta actualizada}$$

LIQUIDACIÓN DE LAS CONDENAS EN LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

$$n = 540 \text{ meses}$$

$$i = 0,004867 \text{ (interés técnico mensual)}$$

Luego,

$$S = \frac{86.301 (1,004867)^{540} - 1}{0,004867 (1,004867)^{540}}$$

$$S = 86.301 \times 190,534$$

$$S = \$16'443.275$$

4.2. Para Juan Guillermo

Cumplirá la mayoría de edad el 7 de mayo del 2011, desde el 18 de febrero de 1999 habrán transcurrido 12 años, 3 meses. Entonces $n = 147$ meses y $Ra = \$43.150$

$$S = \frac{43.150 (1,004867)^{147} - 1}{0,004867 (1,004867)^{147}}$$

$$S = 43.150 \times 104,824$$

$$S = \$4'523.156$$

4.3. Para Diego León

Cumplirá la mayoría de edad el 2 de junio del 2012, desde el 18 de febrero de 1999 habrán transcurrido 13 años, 3 meses. Entonces $n = 159$ meses y $Ra = \$43.150$

$$S = \frac{43.150 (1,004867)^{159} - 1}{0,004867 (1,004867)^{159}}$$

$$S = 43.150 \times 110,52$$

$$S = \$4'768.938$$

Resumen

| BENEFICIARIO | INDEMNIZACIÓN |
|----------------|-------------------------|
| Olga Margarita | \$ 20'988.491,00 |
| Juan Guillermo | \$ 6'795.763,00 |
| Diego León | \$ 7'041.545,00 |
| TOTAL | \$ 34'825.799,00 |

8.2 Ejemplo cuando la víctima es la madre y la beneficiaria es la hija

Demandante: Jorge Iván y otra
Naturaleza: Reparación directa

LIQUIDACIÓN

Lucro cesante por la muerte de la madre

1. Bases

Beneficiaria: Alejandra
Fecha nacimiento: 8 de mayo de 1981 (f.6)
Fecha muerte madre: 28 de junio de 1990 (f.1)
Fecha sentencia: 8 de abril de 1999
Período a indemnizar: 28 de julio de 1990 – 8 mayo 1999
8 años 10 meses (106 meses)
Período vencido: 28 junio 1990 - 8 abril 1999
105 meses
Período futuro: 1 mes (106 – 105)
Renta certificada: \$200.000 (f.8)
Renta base (50%): \$100.000

LIQUIDACIÓN DE LAS CONDENAS EN LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Índice junio 1990: 18,69 IPC total nacional

Índice marzo 1999: 104,92 IPC total nacional

2. Actualización renta base

$$\text{Fórmula:} \quad Ra = R \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

$$Ra = 100.000 \times \frac{104.92}{18.69}$$

$$Ra = 100.000 \times 5.614$$

$$Ra = \$561.400$$

3. Indemnización vencida

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

Donde,

Ra = \$561.400 renta mensual actualizada

i = 0,004867 interés técnico mensual

n = 105 meses

Luego,

$$S = 561.400 \frac{(1,004867)^{105} - 1}{0,004867}$$

$$S = 561.400 \times 136,62$$

$$S = \$79'698.468$$

4. Indemnización futura

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

Donde

$$n = 1$$

$$S = 561.400 \frac{(1.004867)^1 - 1}{0,004867 (1,004867)^1}$$

$$S = 561.400 \times 0,995$$

$$S = \$558.593$$

8.3. Ejemplo cuando el lesionado es menor de edad

Demandante: Jorge Iván y otra

Naturaleza: Reparación directa

LIQUIDACIÓN

Lucro cesante por merma de la capacidad laboral

1. Bases

| | |
|--------------------------|-----------------------------|
| Beneficiaria: | Alejandra |
| Fecha sentencia: | 8 de abril de 1999 |
| Cumplirá mayoría edad: | 8 de mayo de 1999 |
| Vida probable: | 52.19 años (f.187) |
| Período a indemnizar: | 626 meses |
| Merma capacidad laboral: | 40.59% (f.272) |
| Salario mínimo 1999: | \$236.460 (Decreto 2560/98) |
| Salario base (40.59%): | \$95.979 |

2. Indemnización futura

Se liquida solo bajo esta modalidad, toda vez que su reconocimiento se hace a partir de la mayoría de edad, lo que sucederá en fecha posterior a la de la sentencia.

LIQUIDACIÓN DE LAS CONDENAS EN LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

En la fórmula futura las variables son:

$Ra = \$95.979$ salario mínimo actual, limitado al porcentaje de merma de capacidad laboral.

$n = 626$ meses

$i = 0.004867$, interés técnico mensual

Luego,

$$S = 95.979 \times \frac{(1.004867)^{626} - 1}{0.004867 (1.004867)^{626}} = \frac{19.89}{0.102}$$

$$S = 95.979 \times 195.63$$

$$S = \$18'776.372$$

8.4. Ejemplo liquidación daño emergente

Demandante: Jorge Iván y otra

Naturaleza: Reparación directa

1. Gastos Funerarios \$707.500

Fecha de pago 12 de julio de 1990 (fls.15 y 16)

Índice junio 1990 18,69 IPC total nacional

Índice marzo 1999 104.92 IPC total nacional

Fórmula:

$$V_p = V_h \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

$$V_p = 707.500 \times \frac{104.92}{18.69}$$

$$V_p = 707.500 \times 5.614$$

$$V_p = \$3'971.905$$

2. Gastos hospital Pablo Tobón Uribe: \$1'223.923

| | |
|---------------|-----------------------------|
| Fecha de pago | 11 de agosto de 1990 (f.19) |
|---------------|-----------------------------|

| | |
|-------------------|--------------------------|
| Índice julio 1990 | 18.94 IPC total nacional |
|-------------------|--------------------------|

| | |
|-------------------|---------------------------|
| Índice marzo 1999 | 104.92 IPC total nacional |
|-------------------|---------------------------|

$$V_p = 1'223.923 \times \frac{104.92}{18.94}$$

$$V_p = 1'223.923 \times 5.54$$

$$V_p = \$6'780.533$$

3. Hospital Lorencita Villegas de Santos

| | |
|-------------------|----------------|
| Factura N° 014669 | 236.630 (f.33) |
|-------------------|----------------|

| | |
|------------|------------------------|
| Fecha pago | 2 de diciembre de 1991 |
|------------|------------------------|

| | |
|-----------------------|--------------------------|
| Índice noviembre 1991 | 26.27 IPC total nacional |
|-----------------------|--------------------------|

| | |
|-------------------|---------------------------|
| Índice marzo 1999 | 104.92 IPC total nacional |
|-------------------|---------------------------|

$$V_p = 236.630 \times \frac{104.92}{26.27}$$

$$V_p = 236.630 \times 3.99$$

$$V_p = \$944.154$$

4. Clínica Barraquer

| | |
|-----------------------------|------------------|
| a) Recibo 5 de mayo de 1993 | \$42.700 (f.205) |
|-----------------------------|------------------|

| | |
|-------------------|--------------------------|
| Índice abril 1993 | 36.91 IPC total nacional |
|-------------------|--------------------------|

| | |
|-------------------|---------------------------|
| Índice marzo 1999 | 104.92 IPC total nacional |
|-------------------|---------------------------|

$$V_p = 42.700 \times \frac{104.92}{36.91}$$

LIQUIDACIÓN DE LAS CONDENAS EN LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

$$V_p = 42.700 \times 2.84$$

$$V_p = \$121.268$$

$$\text{b) Factura N}^\circ 91-000187 \quad \$412.104 \text{ (f.206)}$$

$$\text{Honorarios médicos} \quad \$207.200 \text{ (f.209)}$$

$$\text{Total} \quad \$619.304$$

$$\text{Fecha de pago} \quad 19 \text{ de enero de } 1991$$

$$\text{Índice diciembre } 1990 \quad 21.00 \text{ IPC total nacional}$$

$$\text{Índice marzo } 1999 \quad 104.92 \text{ IPC total nacional}$$

$$V_p = 619.304 \times \frac{104.92}{21.00}$$

$$V_p = 619.304 \times 4,996$$

$$V_p = \$3'094.043$$

5. Honorarios cirujano plástico: \$800.000

$$\text{Fecha de pago} \quad 11 \text{ de agosto de } 1990$$

$$\text{Índice julio } 1990 \quad 18.94 \text{ IPC total nacional}$$

$$\text{Índice marzo } 1999 \quad 104.92 \text{ IPC total nacional}$$

$$V_p = 800.000 \times \frac{104.92}{18.94}$$

$$V_p = 800.000 \times 5.54$$

$$V_p = \$4'432.000$$

9. Incidente de liquidación

El artículo 178 del C.C.A. establece:

“La liquidación de las condenas que se resuelven mediante sentencias de la jurisdicción en lo contencioso administrativo, deberá efectuarse, en todos los

casos, mediante sumas líquidas de moneda de curso legal en Colombia y cualquier ajuste de dichas condenas solo podrá determinarse tomando como base el índice de precios al consumidor, o al por mayor.”

De este texto se infiere que todas las condenas deben ser en concreto, pero hay casos, por diferentes motivos, donde el fallo condena a la entidad pública pero no hay forma de establecer claramente las bases para la liquidación, entonces de acuerdo con el artículo 172 del C.C.A. se recurre al incidente de Condenas en Abstracto —**condena in genere**—.

Dice el artículo 172:

“Las condenas al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios y otros semejantes, impuestas en auto o sentencia, cuando su cuantía no hubiere sido establecida en el proceso, se hará en forma genérica, señalando las bases con arreglo a las cuales se hará la liquidación incidental, en los términos previstos en los artículos 178 del Código Contencioso Administrativo y 137 del Código de Procedimiento Civil (§ 1588, 1700).

Cuando la condena se haga en abstracto, se liquidará por incidente que deberá promover el interesado, mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada de su cuantía, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de aquel o al de la fecha de la notificación del auto de obediencia al superior, según fuere el caso. Vencido dicho término caducará el derecho y el Juez o Jueza rechazará de plano la liquidación extemporánea. Dicho auto es susceptible del recurso de apelación.”

Se recurre al incidente de liquidación porque posiblemente se tuvo dificultades para obtener la prueba al momento de presentar la demanda. Es preferible procurar al máximo que esta sea completa, y evitar así la condena en abstracto toda vez que debido al corto término, 60 días, para presentar el incidente se corre el riesgo de perder la condena a favor por perjuicios, si se deja vencer este.

ANEXOS

TABLA SOBRE LA VIDA PROBABLE EN COLOMBIA

SUPERINTENDENCIA BANCARIA

RESOLUCION NÚMERO 0497 DE 1997

(MAYO 20)

Por la cual se modifica la Resolución 0585 del 11 de abril de 1994,

EL SUPERINTENDENTE BANCARIO

En ejercicio de sus facultades legales y en especial de las que le confiere el artículo 45 del Decreto 656 de 1994, y

CONSIDERANDO:

Que para algunos efectos relacionados con los cálculos actuariales de rentas contingentes se requiere información sobre la vida probable de las personas, información que no fue consignada en las tablas relacionadas en la Resolución 0585 de 1994,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Adicionar las tablas de mortalidad de rentistas experiencia ISS 1980-1989 sexos masculino y femenino contenidas en la Resolución 0585 de 1994 con los cálculos correspondientes a la vida probable o esperanza de vida $e^{\circ}x$.

Nota: $1x$, y : Edad Actual del rentista.

TABLA DE MORTALIDAD DE RENTISTAS

TABLA DE MORTALIDAD DE EXPERIENCIA ISS 1980-1989

RENTISTAS EXPERIENCIA ISS

1980-1989

| SEXO MASCULINO ESPERANZA DE VIDA | | SEXO FEMENINO ESPERANZA DE VIDA | |
|-------------------------------------|--------------|------------------------------------|--------------|
| x | $e^{\circ}x$ | y | $e^{\circ}y$ |
| 15 | 60.76 | 15 | 62.29 |
| 16 | 59.78 | 16 | 61.31 |

| SEXO MASCULINO ESPERANZA DE VIDA | | SEXO FEMENINO ESPERANZA DE VIDA | |
|-------------------------------------|-------|------------------------------------|-------|
| x | e°x | y | e°y |
| 17 | 58.80 | 17 | 60.33 |
| 18 | 57.82 | 18 | 59.36 |
| 19 | 56.85 | 19 | 58.38 |
| 20 | 55.87 | 20 | 57.41 |
| 21 | 54.90 | 21 | 56.44 |
| 22 | 53.94 | 22 | 55.47 |
| 23 | 52.97 | 23 | 54.50 |
| 24 | 52.01 | 24 | 53.53 |
| 25 | 51.04 | 25 | 52.57 |
| 26 | 50.08 | 26 | 51.60 |
| 27 | 49.12 | 27 | 50.64 |
| 28 | 48.16 | 28 | 49.68 |
| 29 | 47.20 | 29 | 48.72 |
| 30 | 46.24 | 30 | 47.76 |
| 31 | 45.29 | 31 | 46.80 |
| 32 | 44.33 | 32 | 45.85 |
| 33 | 43.38 | 33 | 44.89 |
| 34 | 42.42 | 34 | 43.94 |
| 35 | 41.47 | 35 | 42.99 |
| 36 | 40.53 | 36 | 42.05 |
| 37 | 39.58 | 37 | 41.10 |
| 38 | 38.64 | 38 | 40.16 |
| 39 | 37.70 | 39 | 39.23 |
| 40 | 36.77 | 40 | 38.29 |
| 41 | 35.83 | 41 | 37.36 |
| 42 | 34.91 | 42 | 36.44 |
| 43 | 33.99 | 43 | 35.52 |
| 44 | 33.07 | 44 | 34.60 |
| 45 | 32.16 | 45 | 33.69 |
| 46 | 31.25 | 46 | 32.79 |
| 47 | 30.35 | 47 | 31.89 |

TABLA SOBRE LA VIDA PROBABLE EN COLOMBIA

| SEXO MASCULINO ESPERANZA DE VIDA | | SEXO FEMENINO ESPERANZA DE VIDA | |
|-------------------------------------|-------|------------------------------------|-------|
| x | e°x | y | e°y |
| 48 | 29.46 | 48 | 30.99 |
| 49 | 28.58 | 49 | 30.10 |
| 50 | 27.70 | 50 | 29.22 |
| 51 | 26.83 | 51 | 28.34 |
| 52 | 25.97 | 52 | 27.46 |
| 53 | 25.12 | 53 | 26.60 |
| 54 | 24.28 | 54 | 25.74 |
| 55 | 23.46 | 55 | 24.89 |
| 56 | 22.64 | 56 | 24.05 |
| 57 | 21.84 | 57 | 23.22 |
| 58 | 21.05 | 58 | 22.39 |
| 59 | 20.27 | 59 | 21.58 |
| 60 | 19.51 | 60 | 20.78 |
| 61 | 18.04 | 61 | 19.99 |
| 62 | 18.04 | 62 | 19.20 |
| 63 | 17.32 | 63 | 18.44 |
| 64 | 16.62 | 64 | 17.69 |
| 65 | 15.94 | 65 | 16.95 |
| 66 | 15.27 | 66 | 16.24 |
| 67 | 14.61 | 67 | 15.55 |
| 68 | 13.98 | 68 | 14.88 |
| 69 | 13.35 | 69 | 14.23 |
| 70 | 12.75 | 70 | 13.59 |
| 71 | 12.16 | 71 | 12.97 |
| 72 | 11.58 | 72 | 12.37 |
| 73 | 11.02 | 73 | 11.78 |
| 74 | 10.48 | 74 | 11.20 |
| 75 | 9.96 | 75 | 10.63 |
| 76 | 9.45 | 76 | 10.09 |
| 77 | 8.96 | 77 | 9.56 |
| 78 | 8.48 | 78 | 9.06 |

| SEXO MASCULINO ESPERANZA DE VIDA | | SEXO FEMENINO ESPERANZA DE VIDA | |
|-------------------------------------|------|------------------------------------|------|
| x | e°x | y | e°y |
| 79 | 8.03 | 79 | 8.57 |
| 80 | 7.59 | 80 | 8.10 |
| 81 | 7.16 | 81 | 7.64 |
| 82 | 6.76 | 82 | 7.21 |
| 83 | 6.37 | 83 | 6.79 |
| 84 | 5.99 | 84 | 6.39 |
| 85 | 5.64 | 85 | 6.00 |
| 86 | 5.30 | 86 | 5.63 |
| 87 | 4.97 | 87 | 5.29 |
| 88 | 4.66 | 88 | 4.95 |
| 89 | 4.37 | 89 | 4.64 |
| 90 | 4.09 | 90 | 4.34 |
| 91 | 3.83 | 91 | 4.05 |
| 92 | 3.58 | 92 | 3.78 |
| 93 | 3.34 | 93 | 3.53 |
| 94 | 3.12 | 94 | 3.29 |
| 95 | 2.91 | 95 | 3.06 |
| 96 | 2.71 | 96 | 2.85 |
| 97 | 2.53 | 97 | 2.65 |
| 98 | 2.35 | 98 | 2.47 |
| 99 | 2.19 | 99 | 2.30 |
| 100 | 2.04 | 100 | 2.15 |
| 101 | 1.91 | 101 | 2.01 |
| 102 | 1.78 | 102 | 1.89 |
| 103 | 1.68 | 103 | 1.74 |
| 104 | 1.60 | 104 | 1.67 |
| 105 | 1.50 | 105 | 1.55 |
| 106 | 1.40 | 106 | 1.44 |
| 107 | 1.23 | 107 | 1.29 |
| 108 | 1.07 | 108 | 1.07 |
| 109 | 0.83 | 109 | 0.83 |

TABLA SOBRE LA VIDA PROBABLE EN COLOMBIA

| SEXO MASCULINO ESPERANZA DE VIDA | | SEXO FEMENINO ESPERANZA DE VIDA | |
|-------------------------------------|------|------------------------------------|------|
| x | e°x | y | e°y |
| 110 | 0.50 | 110 | 0.50 |

ARTICULO SEGUNDO: La presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación en el Boletín del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Capítulo Superintendencia Bancaria.

Publíquese y Cúmplase.

Dada en Santafé de Bogotá, D. C., a los 20 días de mayo de 1997.

EL SUPERINTENDENTE BANCARIO,

MARÍA LUISA CHIAPPE DE VILLA

1x,y: Edad Actual del rentista

ÍNDICE DE PRECIOS AL CONSUMIDOR

Fuente: Banco de la República:²⁷⁵

www.banrep.gov.co/series-estadisticas/sec_precios.htm#2

El Juez o Jueza podrá consultar por internet el índice de precios al consumidor, que sale mes a mes.

²⁷⁵ Se anexa la publicación del Banco de la República. Lo indicado es acudir a los índices del DANE. Para ello la página es: www.dane.gov.co. En la página de inicio se abre PRECIOS luego IPC y por último ÍNDICES SERIES EMPALME/1992-2007.

UNIDAD 22

PROCESOS DE EJECUCIÓN

Por Jorge Octavio Ramírez Ramírez

Oe

- Examinar el tratamiento dado por la jurisprudencia del Consejo de Estado al tema de la conformación del título ejecutivo, las medidas cautelares y las excepciones, en el proceso ejecutivo.
- Estudiar la casuística más frecuente en relación con la conformación del título ejecutivo, las excepciones y la solicitud y práctica de las medidas cautelares en relación con las rentas y recursos incorporados al presupuesto Nacional.
- Examinar las decisiones procesales adoptadas por la Jurisprudencia en torno a los requisitos formales y sustanciales de la demanda ejecutiva y la aducción y demostración del título ejecutivo simple o complejo.
- Formular algunas recomendaciones en torno al manejo de las situaciones que se presenten respecto del título ejecutivo contractual y del embargo de bienes.
- Distinguir la figura de la inembargabilidad de bienes, rentas y recursos de las entidades públicas nacionales y territoriales.

ENSAYO. CONCEPTOS CLAVE

22.1. TÍTULO EJECUTIVO

Como es conocido, la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no adelantaba procesos de ejecución por obligaciones de dar, hacer, no hacer o por el pago de sumas de dinero, las que se tramitaban ante la Jurisdicción Ordinaria.

Su participación en esa materia se limitaba a la ejecución para el cobro de deudas fiscales regulada en los artículos 561 a 568 del Código de Procedimiento Civil y 129²⁷⁶ y 133 del Decreto 01 de 1984, por vía del control funcional que ejercía sobre los cobros por jurisdicción coactiva, en relación con algunas providencias o actuaciones que se surtían durante su trámite (apelación del mandamiento de pago, resolución de excepciones, entre otros).

Sin embargo, a partir del año 1993, con motivo de la expedición de la Ley 80 o Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en una decisión que todavía tiene muchos contradictores, el Legislador asignó a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa los procesos de ejecución de las obligaciones que tuvieran origen en un contrato estatal, “competencia” que se amplió con la expedición de la Ley 446 de 1998, que le atribuyó la ejecución de las obligaciones impuestas mediante sentencias dictadas por los órganos de esta misma Jurisdicción, en aplicación del adagio “el Juez o Jueza de acción debe ser en todo caso el Juez o Jueza de ejecución”.

Sin el ánimo de hacer un recuento histórico, lo cierto es que dichos asuntos, que correspondían a la Jurisdicción Ordinaria, se trasladaron al Contencioso-administrativo, no solo respecto de aquellos promovidos por los Contratistas o los beneficiarios de las sentencias, sino también en el caso de los créditos contractuales de los cuales era titular la Administración en virtud de los actos administrativos dictados para los casos previstos en el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, cuyo cobro por jurisdicción coactiva, en relación con los créditos contractuales, se reputó como insubsistente en virtud de la expedición de la Ley 80 de 1993.

²⁷⁶ El artículo 129 subrogado por el Decreto 597 de 1998, artículo 2° contemplaba en su numeral tercero “De las apelaciones y recursos de queja que se interpongan en los procesos por jurisdicción coactiva de que conozcan los funcionarios de los distintos órdenes, cuando la cuantía exceda de ochocientos mil pesos y de la consulta de las sentencias dictadas en estos mismos procesos cuando fueren adversas a quien estuvo representado por el curador ad litem”.

Artículo 112. Facultad de cobro coactivo para las entidades nacionales.

De conformidad con los artículos 68 y 79 del Código Contencioso Administrativo, las entidades públicas del orden nacional tales como Ministerios, Departamentos Administrativos, Organismos Adscritos y Vinculados, la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación y la Registraduría Nacional del Estado Civil, tienen jurisdicción coactiva para hacer efectivos los créditos exigibles a favor de las mencionadas entidades y de la Nación. Para este efecto, la respectiva autoridad competente, otorgará poderes a funcionarios (as) abogados y abogadas de cada entidad o podrá contratar apoderados especiales que sean abogados y abogadas titulados.

No obstante, dicha tendencia parece revertirse atendiendo lo dispuesto por las Leyes 1066 “Por la cual se dictan normas para la normalización de la cartera pública”, artículo 5°, y 1150 “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993” artículo 17, que en su orden establecen:

“ARTÍCULO 5°. Facultad de cobro coactivo y procedimiento para las entidades públicas. Las entidades públicas que de manera permanente tengan a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios del Estado colombiano y que en virtud de estas tengan que recaudar rentas o caudales públicos, del nivel nacional, territorial, incluidos los órganos autónomos y entidades con régimen especial otorgados por la Constitución Política, tienen jurisdicción coactiva para hacer efectivas las obligaciones exigibles a su favor y, para estos efectos, deberán seguir el procedimiento descrito en el estatuto tributario.

PAR. 1°. Se excluyen del campo de aplicación de la presente ley las deudas generadas en contratos de mutuo o aquellas derivadas de obligaciones civiles o comerciales en las que las entidades indicadas en este artículo desarrollan una actividad de cobranza similar o igual a los particulares, en desarrollo del régimen privado que se aplica al giro principal de sus negocios, cuando dicho régimen esté consagrado en la ley o en los estatutos sociales de la sociedad.”

ARTÍCULO 17. Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General

de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede solo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo, podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

Parágrafo transitorio: Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.

Se formula tal hipótesis porque la expresión “rentas o caudales públicos” es bastante amplia, razón por la cual es válido afirmar que los créditos a favor del Estado, que tengan origen en un contrato estatal, pueden y deben recaudarse por vía del procedimiento administrativo de cobro coactivo.

Dentro de dicha expresión –“rentas y caudales públicos”– caben todos los ingresos del Estado o de la Administración, trátase, para atender el lenguaje del Estatuto Orgánico del Presupuesto, de Rentas como ingresos tributarios –impuestos directos e indirectos– o no tributarios –tasas, multas, ingresos contractuales–, o de “caudales públicos” que comprenden no “solo bienes consistentes en metálico o títulos-valores, sino también cualquier otra especie de bienes muebles”, para utilizar expresiones de la Jurisprudencia Española.

Ratifica la anterior conclusión la exposición de motivos del entonces proyecto de Ley, donde se dijo:

“Esta división es la que se considera fundamental para que el diseño y el tratamiento del manejo de cartera pública, referida esta como las acreencias a favor

del tesoro público, que se pretende otorgar esta no pueda ser tratada de manera uniforme frente a todas las entidades públicas o mixtas que conforman el Estado.

“Dependiendo de la naturaleza de los agentes intervinientes y de la naturaleza misma de la relación jurídica, deberá aplicarse un contexto normativo distinto para efectos de determinar o liquidar una obligación. En detalle, no podría asimilarse una obligación proveniente de un impuesto a la originada en un contrato de carácter financiero.

“De esta forma, no es el propósito de este proyecto dar reglas pétreas, ni sacramentales para el mejor cobrar o el estricto recaudo. Todo lo contrario, es brindar un marco flexible que armonice el origen y la composición de cada cartera pública con la realidad económica del país y del obligado en particular.

“Nadie más apropiado que el mismo órgano para determinar las directrices generales así como las políticas de recaudo del mismo, obvio previo el lineamiento de principios por parte de la ley y del reglamento.

(...)

22.2. “FACULTAD DE COBRO COACTIVO PARA LOS ÓRGANOS O ENTES PÚBLICOS

“La jurisdicción coactiva se ha entendido como un privilegio de la Administración, que consiste en la facultad de cobrar directamente, sin que medie intervención judicial, las deudas a su favor, adquiriendo la doble calidad de juez y parte, cuya justificación se encuentra en la prevalencia del interés general, en cuanto dichos recursos se necesitan con urgencia para cumplir eficazmente los fines estatales. Adicionalmente, es una medida que evita la utilización de la Rama Judicial para este tipo de eventos trayendo una utilización óptima de los recursos públicos.

“Siendo conscientes de sus bondades, es necesario que cualquier entidad de carácter público que dentro de sus funciones tengan la de recaudar rentas o caudales públicos pueda acudir a este procedimiento especial.

“En la actualidad se tienen varias disposiciones para realizar el cobro coactivo, por su parte la Ley 6ª de 1992 dispone:

“ARTÍCULO 112. Facultad de cobro coactivo para las entidades nacionales. De conformidad con los artículos 68 y 79 del Código Contencioso Administrativo, las entidades públicas del orden nacional tales como Ministerios, Departamentos Administrativos, Organismos Adscritos y Vinculados, la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación y la Registraduría Nacional del Estado Civil, tienen jurisdicción coactiva para hacer efectivos los créditos exigibles a favor de las mencionadas entidades y de la Nación. Para este efecto la respectiva autoridad competente, otorgará poderes a funcionarios abogados de cada entidad o podrá contratar apoderados especiales que sean abogados titulados”²⁷⁷.

“No obstante, esta disposición se queda corta frente a lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo que determina de manera genérica a las entidades públicas en sus artículos 68 y 79, por lo cual, en este proyecto de ley se hace de manera explícita extensivo a todas las entidades públicas del orden nacional, territorial y a los órganos autónomos cuyo régimen especial es otorgado por la Constitución Política.”

Tal norma, como se deduce de su tenor literal y de la exposición de motivos, es muy genérica, pero sin duda alguna que la intención del legislador fue la de posibilitar el cobro de la gran mayoría, por no decir de todas, las acreencias estatales. Como lo dijo el Consejo de Estado “sin duda, la nueva ley amplía, de manera significativa, las situaciones, en las cuales, el cobro coactivo constituye el ejercicio de una función administrativa, por definición legal”²⁷⁸.

De tal suerte que los cobros que deban adelantar las entidades públicas con origen en créditos contractuales originados en actos administrativos unilaterales o bilaterales se efectuaran, regla general, por vía del procedimiento coactivo administrativo, no por los trámites del proceso ejecutivo.

Como lo ha dicho esa misma Corporación, “...es claro que a partir de la promulgación de la norma citada, las entidades a las cuales se aplica deberán

²⁷⁷ Se advierte que esta norma –artículo 112 de la Ley 6ª de 1992– fue declarada exequible, de manera condicionada: “...pero en el entendido de que la autorización legal para ejercer el poder coactivo se refiere exclusivamente al cobro o recaudación de recursos provenientes de funciones netamente administrativas confiadas por el legislador de modo expreso a los entes vinculados, siempre que en la misma norma legal correspondiente se autorice la función de ejecución coactiva y se determinen las condiciones de su ejercicio, únicamente en cuanto a los aludidos recursos. Bajo cualquiera otra interpretación, los mencionados vocablos se declaran INEXEQUIBLES”. Sentencia C-666-00.

²⁷⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Sentencia del treinta (30) de agosto de dos mil cinco (2006), Expediente: 14.807 (R-9034), Actor: David Andrés Echeverri Aubad, Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

acudir, en adelante, a los preceptos de cobro coactivo establecidos en el título VIII, artículos 823 a 843, del Estatuto Tributario, lo cual implica que los actos derivados de tal procedimiento serán impugnables ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, según se ha visto²⁷⁹.

Si ello es así, se impone precisar que la realidad obliga a reformular la regla general, que sería entonces el cobro coactivo administrativo, no el cobro coactivo que denominamos jurisdiccional²⁸⁰, dada la directriz legislativa de “desjurisdiccionalizarlos” al calificarlos expresamente como una actividad administrativa, susceptible de control por vía de las acciones ordinarias contencioso administrativas contra el acto administrativo definitivo —el que pone fin a la actuación que es generalmente el que resuelve las excepciones y ordena seguir adelante con la ejecución u otros equiparables a este—.

El cobro coactivo jurisdiccional quedaría para algunos asuntos, v.gr. el cobro de las facturas de servicios públicos domiciliarios por parte de las Empresas Oficiales prestatarias de los mismos, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 689. En esos casos su control se ejercería por vía de los recursos contra las decisiones tomadas por el funcionario ejecutor, interpuestas ante un Juez o Jueza “Revisor” —artículos 133 y 134C del Código Contencioso Administrativo—.

Se hace esta anotación sobre la base de que el artículo 130 de la Ley 689, por ser norma de carácter especial no fue modificada por la ley 1066 y, atendiendo el texto de aquella disposición que establece que “Las deudas derivadas de la prestación de los servicios públicos podrán ser cobradas ejecutivamente ante la jurisdicción ordinaria o bien ejerciendo la jurisdicción coactiva por las empresas industriales y comerciales del Estado prestadoras de servicios públicos”.

Cabe anotar, para evitar algún equívoco, que en materia de cobro coactivo, la Jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional ha oscilado entre la calificación de dicha facultad como típicamente administrativa, como jurisdiccional o como mixta (administrativa la actuación del funcionario ejecutor; jurisdiccional la del Juez o Jueza Administrativo), discusión que se supera en gran

²⁷⁹ Op. cit.

²⁸⁰ Por eso utilizamos las expresiones cobro coactivo administrativo, impugnables por vía de las acciones, y cobro coactivo jurisdiccional controlable por vía de los recursos, que también podría llamarse procedimiento administrativo mixto, acorde con el razonamiento de la Sección Tercera. Vid Supra “Unidad 3, OBJETO DE LA JURISDICCIÓN”.

parte con la calificación explícita de dicha actividad como administrativa para el caso del cobro o recaudo de rentas y caudales públicos²⁸¹.

En síntesis, los procesos de ejecución tramitables ante la Jurisdicción serían los contractuales donde el acreedor fuere el contratista particular y los beneficiarios de las condenas impuestas por la Jurisdicción.

Se advierte sí, que en el caso de sentencias que “declaren la responsabilidad civil patrimonial de los agentes estatales, por vía del llamamiento en garantía, o el auto aprobatorio de la conciliación extrajudicial” (artículos 13 y 16 de la Ley 678), la Administración puede acudir al cobro coactivo.

Algunos llegan a sostener, con base en la Ley 1066, que otras condenas impuestas por sentencia, en favor de las entidades públicas relacionadas en el artículo 5° de esa norma también podrían hacerse efectivas por el procedimiento administrativo de cobro coactivo, por tratarse de una especie del género “rentas o caudales públicos”.

Tal conclusión tendría respaldo, además, en el hecho de que, según la intención del legislador, el cobro coactivo administrativo no se limitaría a los impuestos –origen del cobro coactivo dada la naturaleza y fin de dicho gravamen–, sino a todos los créditos estatales, entre ellos los descritos en el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo.

Ahora bien, los juicios de ejecución ante esta Jurisdicción siguen las reglas generales establecidas en el Código de Procedimiento Civil complementadas con la doctrina y las subreglas jurisprudenciales elaboradas con fundamento en las citadas normas, respecto de lo cual no existen mayores problemas.

Algo semejante podría decirse en relación con la ejecución de créditos contractuales. Pero en verdad la conformación del título ejecutivo reviste una serie de dificultades ante la necesidad de determinar si la obligación cuyo cobro se busca reúne las calidades de claridad, explicitud y exigibilidad, indispensables para su cobro forzoso; si el título está bien conformado –si es de aquellos conocido como simple, conformado por un solo documento; o complejo, constituido por varios

²⁸¹ Subsiste tal debate en los casos en los cuales el cobro coactivo no haya sido calificado como tal, pero ese tema escapa a los alcances de este trabajo, aunque se recomienda la lectura de la sentencia citada en la nota al pie No. 1, que puede calificarse como “arquimédica”.

documentos, como sucede en la gran mayoría de los casos dadas las particularidades propias de la relación contractual—.

Con especial atención en este último punto, la jurisprudencia ha manifestado respecto del título complejo emanado de la actividad contractual, que su constitución involucra la existencia del contrato y de los demás documentos que contengan la obligación clara, expresa y exigible. Esto es, los documentos que involucran la ejecución del contrato, las actas de seguimiento contractual, los convenios, las reservas y registros presupuestales, el acta de liquidación, y todos aquellos otros generados en dicha actividad, tales como pólizas de seguros, actos administrativos unilaterales, conciliaciones etc²⁸².

Lo cierto es que la conformación del título ejecutivo complejo y la naturaleza de las obligaciones contractuales son aspectos bastante problemáticos, mas cuando en muchos casos, con la intención de evitar el proceso de conocimiento, se incoan pretensiones ejecutivas respecto de prestaciones insatisfechas cuyo incumplimiento no ha sido definido previamente por sentencia judicial.

El Proceso de ejecución parte de la base de una pretensión insatisfecha, no de una pretensión debatida. Por eso, como en cualquier proceso ejecutivo no puede adelantarse ejecución sin título —requisito ad solemnitatem—, considerado tal *“el documento —título simple—, o la serie de documentos conexos, que por mandato legal o judicial, o por acuerdo de quienes lo suscriben, contiene una obligación de pagar una suma de dinero, o dar otra cosa, o de hacer, deshacer, o no hacer a cargo de una o más personas y a favor de otra o de otras, que por ser expresa, clara, exigible y constituir plena prueba, produce la certeza judicial necesaria para que pueda ser satisfecha mediante el proceso ejecutivo respectivo”*²⁸³.

Por lo mismo, el título ejecutivo debe reunir unos requisitos de fondo y de forma.

22.3. REQUISITOS DE FONDO

Que la obligación sea expresa, es decir determinada, especificada. Si se trata de obligaciones dinerarias la suma debe ser líquida, lo que significa que sea determinada o determinable fácilmente.

²⁸² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección III. Ponente: Daniel Suárez Hernández. Sentencia del 6 de mayo de 1999. Radicación número: 15759. Actor: Bachillerato Mixto Santo Tomás de Aquino. Demandado: Departamento del Cauca.

²⁸³ Velásquez Gómez, Juan Guillermo. Los Procesos Ejecutivos. Ed. Jurídica Sánchez: Medellín, 2006.

Que la obligación sea clara e inequívoca respecto de las partes –acreedor y deudor– y el objeto de la obligación.

Que la obligación sea exigible, lo que representa la obligación pura y simple o de plazo vencido.

En relación con estos requisitos debe insistirse que cuando se trate de un título ejecutivo contractual, esto es que nace de la voluntad de las partes, deben estudiarse las estipulaciones convencionales para determinar si la obligación cuyo cobro se pretende reúne las características de clara, expresa, exigible y liquidable por una simple operación aritmética.

Si el título ejecutivo es complejo, además, se conformará con el contrato y una serie de documentos como actas parciales de obra, cuentas de cobro, programa de inversiones, plan de obras, certificados de recibo parcial, definitivo, a satisfacción, etc. Pero en ese punto habrá de estarse a la voluntad de las partes por tratarse de títulos ejecutivos creados por ellas, lo que supone el cumplimiento de todas las condiciones, requisitos y formalidades estipulados, sin que pueda omitirse ninguno de ellos para efectos de librar el mandamiento de pago.

22.4. REQUISITOS FORMALES

Se han calificado como tales los siguientes:

Que el deudor tenga la calidad de autor del documento o de adquirente de la obligación, aspecto en el cual debe tenerse presente qué órgano o funcionario puede comprometer la entidad pública o al contratista.

Que el documento constituya plena prueba contra el deudor, requisito que tiene que ver con su certeza y autenticidad.

No constituye plena prueba contra el deudor, ni acredita al demandante como acreedor, el documento que carezca de las exigencias consagradas en el artículo 488 del Código de Procedimiento Civil o que no reúna los requisitos consagrados en los artículos 252, 253 y 254 del Código de Procedimiento Civil, esto es, no fueron autorizadas ni por notario, director de oficina administrativa o de policía o secretario de oficina judicial, supuesto indispensable para que estos, documentos se reputen como auténticos.

De allí que documentos en copia informal no pueden ser aceptados como suficientes para probar el título ejecutivo.

Otra nota tiene que ver con el título ejecutivo derivado de obligaciones recíprocas de las partes –caso del contrato–. La certeza de la exigibilidad de la obligación debe demostrarse al Juez o Jueza, con la prueba de que quien demanda cumplió o estuvo presto a cumplir. Empero, para algunos tal exigencia no tiene sentido, pues conforme al artículos 177 del Código de Procedimiento Civil, tanto el cumplimiento como el incumplimiento son afirmaciones o negaciones indefinidas, exentas de prueba.

En suma, la función del Juez o Jueza, en todos estos casos, es examinar la procedencia de la acción ejecutiva. La simple afirmación en el contrato de “prestar mérito ejecutivo” no es suficiente para otorgarle tal carácter. Debe reunir las calidades de las obligaciones ejecutivas más la prueba del cumplimiento de la obligación por parte del acreedor que reclama el pago.

Eso explica que el examen del título ejecutivo debe hacerse desde la etapa inicial del proceso, sin perjuicio de su control en momentos posteriores, incluida la legitimación en la causa que debe examinarse desde la demanda ejecutiva.

En ese orden de ideas si el documento contentivo de la obligación no reúne los requisitos formales y materiales propios del título ejecutivo, el Juez o Jueza debe negar el Mandamiento de pago.

De la misma manera debe proceder en los casos en los cuales exista duda respecto de la procedencia de la ejecución. Todo, dada la naturaleza de la pretensión ejecutiva –que parte de la certeza e indiscutibilidad de la obligación–.

Debe advertirse, por último, que el proceso de ejecución de créditos contractuales o de sentencias emitidas por la Jurisdicción contenciosa-administrativa, se rige de manera integral por el Código de Procedimiento Civil, por la vía del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía –artículos 488 y siguientes–.

22.5. EXCEPCIONES EN EL PROCESO EJECUTIVO

A diferencia de lo que ocurre en los procesos de conocimiento, en el proceso de ejecución la pretensión no es discutible. Se trata de buscar el cumplimiento de una pretensión insatisfecha.

Tal circunstancia impone que en materia de excepciones su regulación sea diferente, no solo por la naturaleza misma de la pretensión, sino porque en ese tema el Código Contencioso Administrativo remite en su integridad al Código de Procedimiento Civil, tanto en materia de ejecutivos contractuales como de ejecución de condenas proferidas por la jurisdicción, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 87 y 267 del Código Contencioso Administrativo y el alcance que a dichas normas ha dado la jurisprudencia²⁸⁴.

Deben distinguirse en esta materia cuáles son los hechos exceptivos procedentes, según se trate del cobro forzoso de sentencias, de acreencias contractuales a favor del contratista o del cobro coactivo administrativo de los créditos contractuales a favor de la entidad pública.

Unas premisas generales son las siguientes:

a) Cuando el título ejecutivo sea una sentencia u otra providencia que conlleve ejecución no es posible proponer excepciones previas ni aun por vía de reposición y, además solo pueden proponerse las precisas excepciones de mérito atinentes a la extinción de la obligación: pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción, transacción.

Tal disposición sería aplicable al caso de las sentencias u otras providencias jurisdiccionales que impongan una obligación ejecutiva –artículo 509, numeral 2 del Código de Procedimiento Civil–.

b) Distinto sería el tratamiento en el caso del cobro o de ejecuciones con base en actos administrativos, en cuyo caso las excepciones serían las relacionadas en el artículos 831 del Estatuto Tributario, tales como el pago, la pérdida de fuerza ejecutoria del título, la impugnación judicial del acto administrativo, base del recaudo, la prescripción, la ausencia de título o la incompetencia del funcionario que lo profirió.

Lo dispuesto en la Ley 1066, al otorgar las facultades de cobro coactivo a la Administración por vía de un procedimiento calificado explícitamente como administrativo, supera la discusión existente en torno a las excepciones aducibles en tales casos.

²⁸⁴ Providencias del 29 de noviembre de 1993, Expediente número S-414, Consejero ponente Dr. Guillermo Chain Lizcano y del 27 de julio de 2005, Expediente 23565, Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

Recuérdese que, aunque el sentido del numeral 2 del artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, pareciera referirse a providencias judiciales, esto es a aquellas expedidas por autoridades jurisdiccionales en el curso de un proceso (artículo 66 de la LEAJ), la Sección Tercera del Consejo de Estado en una de sus últimas providencias había considerado que dentro de tal categoría se incluía el acto administrativo, lo que implicaba entonces que cuando se tratara de ejecuciones con fundamento en actos administrativos ejecutoriados solo podían alegarse las excepciones de mérito enlistadas en dicha disposición, sin perjuicio de que otros hechos, referidos a la validez del acto administrativo pudieran ser alegados por el deudor como causales de nulidad de la decisión ejecutoria por vía de las acciones contencioso-administrativas ordinarias, en cuyo caso lo que ocurriría sería un fenómeno de prejudicialidad que imponía la suspensión del proceso ejecutivo (artículo 170, numeral 2 *ibídem*)²⁸⁵.

La situación, se repite, cambia a raíz de la Ley 1066 y cobijaría los créditos originados en actos administrativos unilaterales o contractuales a favor de la administración, porque todos son rentas o caudales públicos²⁸⁶.

Si ello es así, como creemos, debe recordarse que el control se efectuaría por vía de la acción de nulidad y de restablecimiento del derecho contra el acto que resuelve las excepciones o sus equivalentes, con base en las causales de nulidad previstas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo²⁸⁷.

c) En relación con créditos contractuales a favor de los contratistas, se estará a lo dispuesto en los artículos 488 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y lo mismo podría decirse respecto de los cobros por vía coactiva jurisdiccional.

²⁸⁵ Cfr Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 27 de julio de 2005. Expediente 23565. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. En esta providencia se retoma la tesis tradicional de la Corporación en esta materia.

²⁸⁶ Esta afirmación puede ser discutible, pero la hacemos con fundamentos en la historia y causa de la Ley 1066.

²⁸⁷ El Consejo ha considerado que es posible impugnar jurisdiccionalmente algunos otros actos emitidos durante el procedimiento administrativo y con posterioridad a la resolución de excepciones. Cfr. Sección Cuarta, auto del 19 de julio de 2002, radicación: 25000-23-27-000-2001-0148-01(12.733), actor: Pacc Dent Ltda.; auto del 27 de marzo de 2003, radicación: 44001-23-31-000-2002-0234-01(13.402), actor: Promigas S.A.; Sentencia del 29 de enero de 2004, radicación: 25000-23-27-000-2000-0634-01(12.498), actor: Procesadora de Spandex S.A. Prospan (en liquidación); auto del 27 de enero de 2005, radicación: 25000-23-27-000-2004-01066-01 (14.949), Actor: Muebles Norven & Cía. Ltda.

Así las cosas:

Los hechos constitutivos de excepciones previas solo pueden alegarse como razones del recurso de reposición contra el auto de Mandamiento de Pago (artículo 509, inciso final). No hay, pues, un incidente especial de excepciones previas.

Las excepciones de mérito, que no se encuentran limitadas como en los casos anteriores, pueden proponerse dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del Mandamiento de pago.

Una interpretación literal podría llevar a pensar que como se aplica en su integridad el Código de Procedimiento Civil, el Juez o Jueza no podría declarar oficiosamente las excepciones de prescripción, compensación o nulidad relativa (artículo 399 del Código de Procedimiento Civil), si la Administración no las alega.

Esta conclusión, empero, pugna con el sentido que inspiró el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo, mas cuando puede decirse que donde hay la misma razón (la defensa del interés público) debe haber la misma disposición; y, más aún, si se tiene en cuenta que las excepciones de mérito propuestas contra la demanda ejecutiva mutan el proceso ejecutivo en un proceso ordinario de conocimiento amén de que, no existe en el ordenamiento procesal actual, norma que impida la declaratoria oficiosa de excepciones en un proceso ejecutivo.

Todo ello permitiría concluir, de conformidad con los artículos 305 y 306 del Código de Procedimiento Civil, sobre la congruencia de las sentencias, y el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo, acerca de las excepciones de fondo, que el Juez o Jueza está facultado para declarar las excepciones en dos situaciones: i) cuando son propuestas por la parte y ii) de oficio, cuando encuentre que los hechos, en que se fundan las mismas, están probados²⁸⁸.

Sobre el particular ha dicho la Jurisprudencia que frente al caso de la procedencia de la declaratoria de excepciones por parte del Juez o Jueza, es posible tener como regla general el poder oficioso de este, mientras que la restricción debe ser establecida y definida expresamente por el legislador, pues la excepción a dicha regla quedó sometida a reserva legal²⁸⁹.

²⁸⁸ En tal sentido, Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de agosto 12 de 2004, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Radicación número: 20001-23-31-000-1999-0727-01 (21177).

²⁸⁹ *Ibídem*.

Como puede verse, en materia de excepciones, las prácticas judiciales contencioso-administrativas imponen diferenciar según el título que sirva de base al recaudo ejecutivo.

22.6. MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO EJECUTIVO

Las medidas cautelares, específicamente las relacionadas con la posibilidad que tienen los acreedores del Estado de acudir al embargo de bienes para lograr el pago de sus créditos, han sido objeto de una discusión que gira en torno a dos extremos. De un lado la regla general de la inembargabilidad de los bienes y derechos de las entidades Públicas, inspirada en la necesidad de garantizar el cumplimiento de los cometidos estatales y de otro la buena fe y el derecho a la tutela judicial efectiva, que supone la existencia de mecanismos judiciales que permitan que todas las personas, incluyendo los acreedores de la Administración, puedan lograr la realización de sus derechos y la satisfacción de sus créditos de manera eficaz, dentro de las cuales las medidas previas a las que hacemos referencia son más expeditas, que otro tipo de normas o mecanismos como los que ordenan incluir en el presupuesto las sumas de dineros para el pago de los créditos, que previenen con sanciones a los funcionarios (as) que no cumplan las sentencias y otras semejantes.

En nuestra normatividad puede decirse que el tema de la inembargabilidad de los bienes de las entidades públicas viene regulado desde la Constitución Nacional que expresamente califica como inembargables una serie de bienes. A ello se agregan las normas que sobre el particular ha expedido el Legislador ordinario o extraordinario y, además, las reglas y subreglas fijadas en las sentencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

Tal circunstancia permite que se diga que la inembargabilidad, como principio de rango constitucional o regla general, se haya constituido en la excepción²⁹⁰.

Esto nos muestra, pues, que el asunto reviste un alto grado de complejidad, acentuado por el hecho de que sobre el Juez o Jueza recae la responsabilidad de decretarlas, con el inherente riesgo disciplinario y patrimonial.

²⁹⁰ “...bien podría decirse que de la inembargabilidad como principio de rango constitucional (arts. 63 y 72) hoy, por el contrario, puede hablarse de la inembargabilidad justamente como consecuencia de esa evolución jurisprudencial”- Hoyos Duque Ricardo, *La procedencia de embargos contra Entidades Públicas*, Congreso Colombiano de Derecho Procesal (Memorias) Paipa, 1999.

Lo cierto es, que la inembargabilidad sobre los bienes y derechos de las entidades públicas, tiene un tratamiento distinto según se trate de la Nación y sus entidades adscritas o vinculadas o de las entidades territoriales y sus adscritas o vinculadas, reglas que pueden sistematizarse así:

a) La expedición de normas sobre inembargabilidad de bienes de entidades públicas son del resorte exclusivo del Constituyente y del legislador (art. 63 C.N.).

b) Las normas constitucionales sobre inembargabilidad consagradas en la Constitución Nacional rigen para todas las entidades públicas.

c) Las normas orgánicas del Presupuesto, que consagran el privilegio de la inembargabilidad de las rentas y recursos incorporados al Presupuesto Anual²⁹¹ y de los bienes y derechos de los órganos que lo conforman se aplican únicamente a estos últimos –artículo 3 del decreto 111 de 1996–²⁹².

d) Constituyen una excepción a la regla de inembargabilidad de las rentas, bienes y derechos incorporados o de propiedad de los órganos que conforman el Presupuesto General de la Nación las siguientes²⁹³:

- Condenas o conciliaciones emitidas aprobadas por la jurisdicción contencioso-administrativa, transcurrido el plazo previsto en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

Tal afirmación tiene respaldo en la sentencia C-354 del 4 de agosto de 1997, mediante la cual la Corte declaró exequible de manera condicionada el artículo 19 del Decreto 111 de 1996, “bajo el entendido de los créditos a cargo del Estado, bien sea que consten en sentencias o en otros títulos legalmente válidos” pueden ser cobrados ejecutivamente con embargo de los recursos del presupuesto, primero los destinados al pago de sentencias o conciliaciones y, sobre los bienes de las entidades de los respectivos órganos.

²⁹¹ De acuerdo con la normatividad presupuestal las rentas o ingresos son de naturaleza tributaria (impuestos directos, indirectos y contribuciones parafiscales); no tributaria (tasas, multas e ingresos contractuales). Los recursos provienen del balance (superávit de vigencias anteriores) de créditos internos o externos o, provenientes de asistencia o cooperación.

²⁹² Una relación detallada de los órganos o entidades que comprende el Presupuesto se encuentra en la obra “*El Presupuesto Público*, del autor Jorge Iván Carvajal S., Señal Editora, Medellín. 2007, pág. 155.

²⁹³ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-546/92; C-017/93, C-013/93; T-128/93; C-354/97, Consejo de Estado, auto S-694 de julio 22 de 1997.

- Actos Administrativos que reconozcan créditos laborales.

La Corte, en sentencias C-546 del 1° de octubre de 1992 y C-103 del 10 de marzo de 1994, consideró que este tipo de decisiones, siempre que presten mérito ejecutivo, gozan de las mismas garantías que las sentencias y conciliaciones, lo que implica que transcurridos 18 meses²⁹⁴ sin que se haya cumplido la obligación es factible su ejecución y embargo, más cuando se supone que ellos deben contar con disponibilidad y registro presupuestal previo, de conformidad con el artículo 71 del decreto 111 de 1996²⁹⁵.

Algo semejante dijo en relación con la inembargabilidad de los dineros oficiales destinados al pago de pensiones de jubilación, vejez, invalidez y muerte (artículo 1° de la Ley 15 de 1982), en sentencia C-017 del 25 de enero de 1993.

- Créditos provenientes de contratos estatales.

En materia contractual, cuando la obligación se deriva de un contrato estatal, por tratarse de “títulos legalmente válidos” es procedente la ejecución con la posibilidad de pedir medidas cautelares, pues se trata de hacer efectivo el pago de obligaciones previamente acordadas y definidas por las partes, que deben contar con disponibilidad y apropiación presupuestales, según los artículos 25 numeral 6° y 41 de la Ley 80 de 1993 y el Decreto 111 de 1996.

e) Las entidades territoriales, no hacen parte del presupuesto general de la Nación, por ende sus rentas, bienes y derechos no se rigen por la regla consagrada en el Estatuto Orgánico de Presupuesto, ni puede hacerse extensiva tal protección porque ella no tiene que ver con programación, aprobación, modificación y ejecución del presupuesto (arts. 352 y 353 C.N.), salvo en lo que tiene que ver con las cesiones y participaciones (S.G.P.) que reciban en virtud de normas constitucionales y legales.

f) En resumen, la inembargabilidad de los bienes en el orden seccional se rige por los artículos 684 de Código de Procedimiento Civil y 19 del Decreto 111 de 1996, que prohíbe el embargo de las cesiones y transferencias que haga la Nación a

²⁹⁴ El artículo 336 del Código de Procedimiento Civil fija un plazo de seis meses para las condenas impuestas en contra de Departamentos o Municipios.

²⁹⁵ Es distinto el certificado de disponibilidad presupuestal, que supone que en el presupuesto hay partidas generales para atender el gasto, del registro presupuestal que concreta, precisa identifica y vincula el monto de la partida presupuestal al gasto específico.

las entidades territoriales, salvo, en este último caso, si la medida busca garantizar el pago de un crédito causado por la ejecución de un contrato celebrado para Salud, educación, agua potable y saneamiento básico²⁹⁶.

En punto a la inembargabilidad de los bienes, es del caso recordar las siguientes nociones:

Son bienes inembargables:

Constitución Nacional, artículos 63 y 72

Bienes de Uso Público

Parques Naturales

Tierras Comunales de Grupos Étnicos

Tierras de Resguardo

Patrimonio Arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional.

Los demás que determine la Ley

Código de Procedimiento Civil:

Los de uso público

Los destinados a un servicio público cuando este se preste directamente por un departamento, una intendencia, una comisaría, un distrito especial, un municipio o un establecimiento público, o por medio de concesionario de estos; pero es embargable hasta la tercera parte de los ingresos del respectivo servicio, sin que el total de embargos que se decreten exceda de dicho porcentaje. Cuando el servicio lo presten los particulares, podrán embargarse los bienes destinados a él, así como la renta líquida que produzcan, y el secuestro se practicará como el de empresas industriales.

Las dos terceras partes de la renta bruta de los departamentos, las intendencias, las comisarías, los distritos especiales y los municipios.

²⁹⁶ Consejo de Estado, Auto del veintitrés (23) de septiembre de dos mil cuatro (2004). Radicación número: 68001-23-15-000-2003-2309-01(26563) Ponente: María Elena Giraldo Gómez.

Las sumas que para la construcción de obras públicas se hayan anticipado o deban anticiparse por las entidades de derecho público a los contratistas de ellas, mientras no hubiere concluido su construcción, excepto cuando se trate de obligaciones en favor de los trabajadores de dichas obras, por salarios, prestaciones e indemnizaciones sociales.

Decreto 111 de 1996

Las rentas y recursos incorporados en el Presupuesto General de la Nación

Los bienes y derechos de los órganos que conforman el presupuesto general de la Nación.

Las cesiones y participaciones de que trata el capítulo 4 del título XII de la Constitución Política.

Órganos que conforman el Presupuesto General de la Nación

Ramas Legislativa, Ejecutiva y Judicial

Procuraduría y Contraloría General de la Nación

Organización Electoral

Órganos que no hacen parte del Presupuesto General de la Nación

Empresas Industriales y Comerciales del Estado

Sociedades de Economía Mixta

Empresas Sociales del Estado

Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios

Entidades Territoriales y sus entidades adscritas o vinculadas.

Los Bienes fiscales de las entidades territoriales, si no están destinados a un servicio público son embargables²⁹⁷.

Es indispensable insistir que en caso de embargos o medidas cautelares, con las precisiones hechas en los párrafos precedentes, la carga de la prueba de que los

²⁹⁷ Consejo de Estado, Auto de julio 5 de 2001. Radicación número: 76001-23-31-000-1997-0143-01(18504). Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros.

bienes son inembargables o están destinados a un servicio público corresponde a la entidad pública.

La presente guía busca entonces suministrar elementos de juicio a los funcionarios (as) para que estén en capacidad de determinar si existe título ejecutivo, si él se conformó debidamente, si proceden o no las excepciones, según el tipo de procedimiento aplicable, si es procedente o no decretar las medidas cautelares pedidas por los acreedores, formular algunos comentarios generales en torno al manejo del embargo de bienes, distinguir la figura de la inembargabilidad de bienes, rentas y recursos de las entidades públicas nacionales y territoriales y estudiar la casuística más frecuente en relación con los temas vistos.

AUTOEVALUACIÓN

Este cuestionario de autoevaluación será muy útil para medir sus conocimientos de las subreglas desarrolladas por la jurisprudencia del Consejo de Estado. Le sugerimos que responda las preguntas antes de analizar los casos.

Ae

1. ¿Qué es un título ejecutivo?
2. ¿Cuáles créditos pueden recaudarse por el procedimiento administrativo coactivo?
3. ¿Qué puede entenderse por rentas y caudales públicos?
4. ¿Qué cambios introdujo la Ley 1066 en materia de ejecutivos?
5. ¿Qué normas gobiernan los juicios de ejecución en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo?
6. ¿Cómo puede estar conformado un título complejo emanado de una actividad contractual?
7. ¿Cuáles son los requisitos de fondo de un título ejecutivo?
8. ¿Cuáles son los requisitos de forma de un título ejecutivo?



9. ¿Qué excepciones son procedentes cuando se trata de título ejecutivo proveniente de una sentencia u otra providencia?
10. ¿Qué excepciones son procedentes cuando se trata de título ejecutivo proveniente de ejecuciones con base en actos administrativos?
11. ¿Cuándo y por qué vía pueden alegarse las excepciones previas?
12. ¿Cuándo y por qué vía pueden proponerse las excepciones de mérito?
13. ¿En el proceso ejecutivo puede el Juez o Jueza administrativo declarar de oficio las excepciones que encuentre probadas?
14. ¿Cuáles son las excepciones a la regla de inembargabilidad de las rentas, bienes y derechos incorporados de propiedad de los órganos que conforman el Presupuesto General de la Nación?
15. ¿Por qué la inembargabilidad sobre los bienes y derechos de las entidades públicas tiene un tratamiento diferente según se trate de la Nación o de las entidades territoriales?
16. ¿Qué bienes son inembargables?
17. ¿Los bienes fiscales son embargables?

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Actividad pedagógica 1

GUÍAS PROCESALES DE CASOS TÍPICOS

Ap

A continuación el participante encontrará una serie de actividades que con su desarrollo, le permitirá afianzar los aprendizajes sobre la unidad. Por favor realice las siguientes cuestiones:

TC

- La obligación proveniente del deudor como requisito formal
- Se demanda en proceso de ejecución singular al Municipio de Bocagrande. La pretensión del acreedor es el pago de la suma de cuatro millones ciento cincuenta mil pesos m.l (\$4.150.000, 00) como capital, más los intereses bancarios moratorios, desde el día que se hicieron exigibles cada una de las obligaciones, hasta su solución o pago total.

Como título ejecutivo complejo que sirve de fundamento a la ejecución, el ejecutante presenta los siguientes documentos:

Copia auténtica del contrato de prestación de servicios debidamente firmado por el Alcalde del Municipio y el contratista

Póliza de seguro de cumplimiento

Acta de iniciación del contrato, debidamente firmada por el Alcalde Municipal, el Contratista y el Supervisor.

Acta de liquidación del contrato, firmada por el Gerente de la ESPD, el Contratista y el Director de Planeación, donde consta que el Contratista cumplió a cabalidad sus obligaciones y que el Municipio adeuda la suma que reclama mediante el proceso ejecutivo.

El objeto del contrato era la prestación del servicio de consultoría, para ejecutar una serie de actividades requeridas y orientar la gestión de la empresa de servicios públicos municipales.

En el contrato se expresa que el acta de liquidación y entrega final de los trabajos debe estar suscrita por el Alcalde Municipal o el funcionario que este designare.

Pj

- ¿Libraría usted mandamiento de pago?

N

- Ley 80: artículos 11 y 12.
Ley 136: artículo 92.
Ley 489: artículo 9.
Código de Procedimiento Civil: artículos 497 y 498.

Sj

- Sobre el particular ha manifestado el Consejo de Estado:

“ [...] Frente a la demanda ejecutiva el juez tiene tres opciones:

Librar el mandamiento de pago: Cuando los documentos aportados con la demanda representan una obligación clara, expresa y exigible.

Negar el mandamiento de pago: Cuando con la demanda no se aportó el título ejecutivo, simple o complejo, salvo cuando se pidan medidas previas a efecto de requerir al deudor para constituirlo en mora y con esta demostrar la exigibilidad de la obligación.

Disponer la práctica de las diligencias previas solicitadas en la demanda ejecutiva: Cuando la solicitud cumpla los supuestos legales (art. 489 C. de P. C.). Practicadas estas diligencias hay lugar, de una parte, si la obligación es exigible a que el juez libre el mandamiento y, de otra parte, en caso contrario a denegarlo.

[...]

El ejecutante tiene la carga de probar que el documento o documentos aportados constituyen título ejecutivo.

[...]

El Juez carece de competencia para requerir a quien se considere acreedor y a quien este considera deudor para que allegue el documento (s) que constituyen el título ejecutivo.

[...]

Es al ejecutante a quien le corresponde y de entrada, demostrar su condición de acreedor; no es posible como si ocurre en los juicios de cognición que dentro del juicio se pruebe el derecho subjetivo afirmado²⁹⁸.

Co

- De acuerdo con lo anterior y en concordancia con la sentencia citada, el Juez o Jueza debe negar el Mandamiento de pago, toda vez que el título ejecutivo no reúne uno de los requisitos formales como es que la obligación provenga del deudor.

Debe recordarse que de acuerdo con el contrato, el acta de liquidación debe estar suscrita por el Alcalde Municipal.

De conformidad con el artículo 11 de la Ley 80 de 1993, el representante legal de la Entidad –para el caso del Municipio el Alcalde–, es el competente para, la celebración del contrato y la expedición de los actos administrativos de naturaleza contractual.

Los artículos 12 de la Ley 80, 92 de la Ley 136 y 9° de la ley 489; autorizan al Alcalde para delegar, total o parcialmente, en sus colaboradores competencias de carácter contractual.

En el caso discutido, no hay acto administrativo donde conste tal delegación o se autorice a otro funcionario de la Administración para suscribir el acta de liquidación final del contrato. Por lo tanto se considera que el documento no fue suscrito por el funcionario competente para comprometer contractualmente a la entidad municipal.

El artículo 489 del Código de Procedimiento Civil establece como diligencia previa en la demanda ejecutiva que se podrá pedir que previamente se ordene el reconocimiento del documento presentado, diligencia que no se llevó a cabo en el presente caso.

²⁹⁸ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. Auto del 12 de julio de 2000. Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez. Expediente No. 18.342.

A_p

Actividad pedagógica 2

T C

- Título Ejecutivo en el caso que el documento constituya plena prueba contra el deudor.
- La sociedad NN S.A. pretende se libre mandamiento ejecutivo contra una entidad territorial por la suma de \$15.000.000, surgidos del contrato de obra ejecutado por esta. Como título base de ejecución aporta el contrato de obra en copia informal, las actas de ejecución parcial, el acta de entrega final y unas facturas cambiarias de compraventa.

P N S_j

- ¿Puede el Juez o Jueza Administrativo librar mandamiento de pago, con base en el título de ejecución aportado?
- Código de Procedimiento Civil: artículos 497 y 498.
- La tesis del Consejo de Estado, es la siguiente:

“[...] Cuando el título es complejo, porque se conforma con varios documentos, estos deberán ser, por lo general, los originales o las copias auténticas de documentos constitutivos y declarativos, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y exigible –artículo 251 del Código de Procedimiento Civil–. Se dice generalmente, porque el legislador para casos especiales requiere que las copias auténticas tengan constancia de que la copia es la primera y que además sirve para ejecutar[...]”²⁹⁹.

²⁹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección III. Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Sentencia del 23 de enero de 2003. Radicación número: 19001-23-31-000-2001-2057-01. Actor: Corporación Autónoma Regional del Cauca.

“[...] En el proceso ejecutivo no se solicita al ejecutante que allegue pruebas tendientes a integrar el título del que se habla. La única posibilidad de pruebas, previo al mandamiento de pago, es en lo que respecta a las medidas previas.

Por medio de las diligencias previas se pretenden completar algunos de los requisitos legales que prevé la ley para que el documento o conjunto de documentos presten mérito ejecutivo pero únicamente respecto de su exigibilidad o autenticidad.

Es necesario en consecuencia, que el demandante aporte los documentos que en principio constituirían el título ejecutivo, a los cuales simplemente les falte el requisito relacionado con la exigibilidad de la obligación o el de la certeza de que quien figura como demandado sea la misma persona que suscribió el documento.

El juez del proceso ejecutivo carece de competencia para requerir a los posibles deudores a efecto de que remitan al expediente el documento o conjunto de documentos que constituyen el presunto “título ejecutivo”, de cuya existencia pende la procedibilidad del juicio ejecutivo.

La demanda ejecutiva debe ir acompañada del o los documentos que contienen la obligación clara, expresa y exigible, por cuya efectiva satisfacción se acude a la jurisdicción.

No es dable pretender que sea el juez de la ejecución quien busque, solicite, y requiera los documentos que podrían constituir el título ejecutivo; pues esta es una carga procesal del ejecutante, no una función del juez. Cosa distinta es la posibilidad que ofrece la ley para que el demandante, antes de que se profiera el mandamiento de pago, logre el concurso del juez para complementar los requisitos de exigibilidad o autenticidad exigidos por la ley para que exista el título ejecutivo, mediante la utilización de las diligencias previas, las cuales son taxativas y restringidas, a las situaciones que prevé[...]”³⁰⁰.

“[...] Los documentos amparados con la presunción de autenticidad de que trata el artículo 12 de la Ley 446 de 1998 son solamente “Los originales de documentos privados o de documentos públicos”.

³⁰⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección III. Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Sentencia del 5 de octubre de 2000. Radicación número 16868. Actor: Unión Temporal H Y M.

[...]

Cuando se aportan copias de documentos, para que los mismos tengan valor se requiere que las copias en las cuales se contienen estén autenticadas de alguna de las formas establecidas en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil para que puedan tener el mismo valor probatorio del original [...]³⁰¹.

C

- El Juez o Jueza debe negar el mandamiento de pago, toda vez que el título ejecutivo no reúne uno de los requisitos formales del título relacionado con la autenticidad del documento, pues el contrato de obra fue aportado con la demanda en copia informal, no en original o copia autentica para que tengan el mismo valor probatorio que el original, base sobre la cual como se dijo, no se podrá librar mandamiento de pago.

El documento por lo tanto no constituye plena prueba contra el deudor, ni acredita al demandante como acreedor por carecer de las exigencias consagradas en el artículo 488 del Código de Procedimiento Civil y no reunir los requisitos consagrados en los artículos 252, 253 y 254 del Código de Procedimiento Civil, esto es, no fueron autorizadas ni por notario, director de oficina administrativa o de policía; o secretario de oficina judicial. Tampoco autenticadas por notario, previo cotejo de los originales.

A

Actividad pedagógica 3

T

- Conformación del título ejecutivo complejo

³⁰¹ Corte Constitucional, Sentencia C-023 del 11 de febrero de 1998, mediante la cual se declararon exequibles los numerales 2º del artículo 254 y 3º del artículo 268 del Código de Procedimiento Civil.

C

- El Consorcio Construdisa Ltda. Formula demanda ejecutiva contra el Municipio de Monteloro para que se libre contra este orden de pago en su favor, por los siguientes valores y conceptos:

Por concepto de capital

Por la suma de ocho millones noventa y un mil cuatrocientos treinta y cinco pesos m/cte. (\$8'091.435,00) representado en el acta parcial de entrega y recibo de obra No. 15 de fecha 30 de mayo de 1997, correspondiente al contrato administrativo de obra adicional No. 06 al 245 de 1995.

Por la suma de ochocientos ochenta y tres mil trescientos sesenta y dos pesos con 35/100 (\$833.362,35) representado en el acta de liquidación final del contrato (página No. 3) del día 25 de marzo de 1999.

Por la suma de veintidós millones seiscientos veintiséis mil setecientos diecisiete pesos moneda corriente con 97/100 (\$22'626.717,97) representado en el acta de ajuste No. 12 de fecha 15 de febrero de 1997 y correspondiente al contrato No. 245/95.

Para sustentar su pretensión aporta como título ejecutivo complejo copia autenticada del contrato principal de obra pública No. 245 de 1995, suscrito por las partes —ejecutante y ejecutada—; el acta parcial de obra, el acta de ajuste y el acta de liquidación.

En la cláusula sexta del contrato se estipuló: “(...) El Municipio efectuará pagos mensuales, previa presentación de las facturas o cuentas de cobro correspondientes a las labores desarrolladas en el mes respectivo (...) acompañadas de todos los comprobantes y documentos de soporte necesarios para sustentar las cantidades de obra ejecutadas durante el mes anterior”.

P

- ¿Con los elementos dados, podría librarse Mandamiento de Pago?

N

- Código de Procedimiento Civil: artículos 488, 491, 497 y 498.

Sj

- Al respecto ha considerado el Consejo de Estado:

“[...] El proceso ejecutivo tiene su origen en la obligación clara, expresa y exigible contenida en el título ejecutivo y cuyo titular es el acreedor; tiene por finalidad asegurarle a este la satisfacción de su acreencia mediante la utilización de medios coercitivos legítimos y legales.

[...]

La estipulación acordada en la cláusula sexta del contrato es una manifestación de voluntad de las partes contratantes que debe tenerse en cuenta siempre que no atente contra una norma imperativa.

[...]

La presentación de la cuenta de cobro es un supuesto necesario para la exigibilidad de la obligación.

[...]

El acta de liquidación del contrato, suscrita sin observaciones, vincula a quienes la suscriben, bajo el entendido de que a nadie le es lícito venir contra sus propios actos³⁰².

Una vez que las partes suscriben el acta de liquidación del contrato sin reparos, en la que constan deudas o acreencias, quedan resueltas las diferencias que entre ellas pudiese haber y son estas, deudas o acreencias, las únicas vigentes entre las partes con ocasión de la ejecución de las obligaciones principales del contrato[...]”³⁰³.

³⁰² Sentencias: 2796 proferida el día 17 de mayo de 1984; 5335 del 11 de mayo de 1990; 5165 del 6 de diciembre de 1990 y 6435 del 21 de mayo de 1992.

³⁰³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección III. Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Sentencia del 3 de agosto de 2000. Radicación número 17979. Actor: Consorcio Construdisa Ltda.

C

- Cuando se trate de un título ejecutivo contractual, esto es que nace de la voluntad de las partes, deben estudiarse las estipulaciones contractuales para determinar si la obligación cuyo cobro se pretende reúne las características de clara, expresa, exigible y liquidable por una simple operación aritmética.

Con los elementos dados, debe concluirse que no es posible librar Mandamiento de Pago, pues faltaría uno de los requisitos materiales del título: la exigibilidad que pende de la presentación de la cuenta de cobro.

A

Actividad pedagógica 4

T C

- Título ejecutivo, donde el acta parcial de obra formula una obligación clara, expresa y exigible.
- Se presenta demanda ejecutiva con la finalidad de obtener el pago de un acta parcial de obra correspondiente a un contrato de obra pública en ejecución.

Para acreditar la existencia del título ejecutivo, el Contratista aporta los siguientes documentos:

Contrato de obra 403 del 15 de julio de 1994 y sus adicionales.

Factura de venta de servicios, recibida por la Administración el 10 de octubre de 1997.

Cuenta de cobro por el valor adeudado, presentada por el Contratista a la Administración el 10 de octubre de 1997. La cuenta está suscrita por el representante del contratista y por el interventor.

En la cláusula octava del contrato se establecieron las condiciones para efectuar el pago así:

“Cláusula octava. Actas de obra y ajustes. El valor básico de la respectiva acta de obra será el resultado de la multiplicación de las cantidades de obra ejecutada, por los precios unitarios de los ítems de la lista de cantidades de obra, precios unitarios y valor total de la propuesta que forma parte del presente contrato. Parágrafo primero. Actas de obra: el consorcio contratista presentará dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la terminación de cada mes, cuentas de cobro por las cantidades realmente ejecutadas, anexando el original del acta mensual de obra aprobada por el Interventor y copia del Programa de Inversiones aprobado por el Gerente del Grupo respectivo y el Subdirector de Ingeniería del Instituto. Así mismo, el Consorcio Contratista deberá presentar con la cuenta mensual de obra ejecutada, la cuenta correspondiente al reajuste de los precios unitarios para el componente en moneda local, de acuerdo con lo establecido en el parágrafo segundo de esta cláusula. El valor de la obra ejecutada debe corresponder al menos a la parte establecida en el Programa de Inversiones para el mes correspondiente. Estos pagos serán efectuados por el instituto dentro de los sesenta (60) días siguientes a la fecha de presentación de la respectiva cuenta de cobro en las Oficinas del instituto debidamente acompañada de los documentos exigidos en este contrato y aprobados por el Interventor. Si el instituto objetare alguna de las partidas de las cuentas de cobro, de todas maneras procederá a efectuar dentro de los plazos establecidos, el pago de las sumas no objetadas, sin que la aceptación de ese pago implique renuncia del consorcio contratista al saldo en discusión. Las actas de obra mensual tendrán carácter provisional en lo que se refiere a la calidad de la obra, a las cantidades de obra y obras parciales. El Interventor podrá, en actas posteriores hacer correcciones o modificaciones a cualquiera de las actas anteriores aprobadas por él y deberá indicar el valor correspondiente a la parte o partes de los trabajos que no se hayan ejecutado a su entera satisfacción a efecto de que el instituto se abstenga de pagarlas al consorcio contratista hasta que el Interventor dé el visto bueno.

Ningún certificado que no sea el certificado de recibo definitivo de la totalidad o de parte de las obras podrá considerarse como constitutivo de aprobación de algún trabajo u obra”(fol. 37 c.1).

P

- ¿Puede librarse mandamiento de pago?

N

- Código de Procedimiento Civil: artículo 488, 491, 497, 498

Sj

- Manifiesta el Consejo de Estado:

“[...] La condición prevista por la ley para que proceda el cobro de obligaciones por la vía del proceso ejecutivo, es la existencia de obligaciones claras, expresas y exigibles a cargo del ejecutado. Si el ejecutante demuestra la existencia de un crédito a su favor con estas características, debe librarse el correspondiente mandamiento de pago.

Cuando la parte ejecutante cumple las condiciones previstas en el contrato para que la entidad le pague determinadas sumas de dinero, la obligación se torna exigible y su cumplimiento puede lograrse por la vía del proceso ejecutivo.

[...]

En el contrato se pactó:

Que el valor básico de la respectiva acta de obra será el resultado de la multiplicación de las cantidades de obra ejecutada, por los precios unitarios de los ítems de la lista de cantidades de obra.

Que el contratista presentara la correspondiente cuenta de cobro por las cantidades de obra realmente ejecutadas dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la terminación de la obra facturada junto con el original del acta mensual de obra aprobada por el Interventor y la copia del Programa de Inversiones aprobado por el Gerente del Grupo respectivo y el Subdirector de Ingeniería del Instituto.

Que el valor de la obra ejecutada debe corresponder al menos a la parte establecida en el Programa de Inversiones para el mes correspondiente.

Que los pagos se harían dentro de los sesenta (60) días siguientes a la fecha de presentación de la respectiva cuenta de cobro en las oficinas de la Administración debidamente acompañada de los documentos exigidos en este contrato y aprobados por el Interventor.

El incumplimiento de algunos de tales supuestos, como lo es el aporte del acta parcial de obra y la copia del programa de inversiones en la forma establecida en el contrato, supone que la obligación no es exigible.

Luego, la obligación no es clara y expresa: en primer lugar, los documentos que se echan de menos son los que permiten establecer la realidad del valor adeudado por la entidad, determinado por la cantidad de obra ejecutada dentro de cada período por el precio unitario de los ítems de obra; así mismo las facturas de venta de servicios o los comprobantes de pago que trajo el ejecutante no equivalen a las actas parciales de obra; tales documentos simplemente constituyen una cuenta de cobro donde no consta la cantidad de obra ejecutada, el grupo de obra a que pertenece, el valor unitario del mismo, el período en el que se ejecutó la obra, etc.

Las copias del programa de inversiones tampoco acreditan los requisitos mencionados porque la copia simple del documento público no tiene el mismo valor del original ni demuestra la existencia de la obligación por cuya ejecución se demanda.

Es el demandante quien debe aportar con la demanda, la prueba de su condición de acreedor, de la obligación clara, expresa y exigible que existe a su favor, y de que la persona demandada realmente es su deudor[...]³⁰⁴.

Co

- Debe recordarse que el título ejecutivo complejo está, por regla general, constituido por el contrato y una serie de documentos como actas parciales de obra, cuentas de cobro, programa de inversiones, plan de obras, certificados de recibo parcial, definitiva, a satisfacción, etc.

Por tratarse de títulos ejecutivos creados por voluntad de las partes, deben cumplirse todas las condiciones, requisitos y formalidades estipulados, sin que pueda omitirse ninguno de ellos para efectos de librar el mandamiento de pago.

En cada caso deben estudiarse los requisitos acordados y su aporte con la demanda.

En el caso concreto, por no reunir el título ejecutivo complejo las características de claro, expreso y exigible, no puede librarse mandamiento de pago.

³⁰⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección III. Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Sentencia del 30 de agosto de 2001. Radicación número 50001-23-31-000-1999-6256-01(16256). Actor: Consorcio Recchi Spa Constru Zioni Generali Grandi Lavori Fincosirt Spa.

Ap

Actividad pedagógica 5

TC

- Pago del anticipo pactado en el contrato para el inicio de las obras
- El Contratista presenta una demanda ejecutiva contra la Administración, con la finalidad de que la Administración proceda al pago del anticipo pactado en el contrato para el inicio de las obras.

La cláusula del contrato, atinente al anticipo, expresa:

“La administración entregará al contratista, una vez perfeccionado el contrato y aprobadas las garantías otorgadas, la suma de seiscientos millones de pesos como anticipo para iniciar la ejecución de los trabajos.

El pago se hará dentro de los treinta días calendario siguientes a la presentación de la cuenta de cobro por parte del contratista”.

Aporta con la demanda copia autenticada del contrato suscrito entre las partes, del registro presupuestal, del oficio mediante el cual se dio visto bueno a las garantías y copia auténtica de la cuenta de cobro.

PN

- ¿Es procedente el cobro ejecutivo del anticipo contractual?
- Ley 80 de 1993: artículos 40 y 41
Código de Procedimiento Civil: artículo 488

Sj

- La tesis que sostiene el Consejo de Estado es la siguiente:

“[...] Se ha considerado viable el proceso ejecutivo para el cobro de obligaciones que se han hecho exigibles durante la ejecución del contrato.

La exigibilidad respecto del pago del anticipo no pende del cumplimiento de las obligaciones del contrato relacionadas con su ejecución, pues, en razón a su naturaleza y fundamento, debe pagarse el anticipo al contratista para que pueda ejecutar las obligaciones a su cargo, que surgen del contrato”.

[...]

Es procedente adelantar un proceso ejecutivo para hacer efectivas obligaciones derivadas del contrato estatal, que se han hecho exigibles durante su ejecución, siempre que a la fecha de presentación de la demanda el mismo no se haya liquidado.

Cuando la parte ejecutante cumple las condiciones previstas en el contrato para que la entidad le pague determinadas sumas de dinero, la obligación se torna exigible y su cumplimiento puede lograrse por la vía del proceso ejecutivo.

La liquidación del contrato no debe ser entendida como una condición de exigibilidad de las obligaciones a cargo de las partes contratantes, porque como lo prescribe la ley y lo ha precisado la jurisprudencia, es un corte de cuentas entre las partes, en el que se deja constancia de las obligaciones cumplidas y no cumplidas en oportunidad.

Cuando se formula el cobro ejecutivo de obligaciones derivadas de un contrato ya liquidado, el mandamiento de pago sólo puede constituirse con el acto de liquidación, pues este corte de cuentas es la base para obtener el cumplimiento por la vía ejecutiva de las obligaciones derivadas del contrato, siempre que las mismas consten en el referido acto[...]”³⁰⁵.

Cabe agregar que en la providencia del 22 de junio de 2001. Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Radicación número 44001-23-31-000-1996-0686-01(13436) se declaró probada la excepción de falta de documento con título ejecutivo respecto del anticipo pactado en un contrato de consultoría que no se ejecutó, lo que equivalía a decir, dada la naturaleza del anticipo, que es un préstamo al contratista, que la obligación no era exigible. Otra idea, contraria a esta, en relacion con la

³⁰⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección III. Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Sentencia del 30 de agosto de 2001. Radicación número 50001-23-31-000-1999-6256-01 (16256). Actor: Consorcio Recchi Spa Constru Zioni Generali Grandi Lavori Fincosirt Spa.

naturaleza jurídica del anticipo, aflora de la sentencia de Bogotá, D. C., cinco (5) de julio de dos mil seis (2006) C. P.: Ruth Stella Correa Palacio; Expediente 68001-23-15-000-1998-01597-01 (24.812); Ejecutante: Sociedad Concay S. A.

Co

- En el caso concreto es factible el cobro por vía del proceso ejecutivo del anticipo contractual pactado toda vez que el título ejecutivo creado contractualmente reúne todas las condiciones y requisitos exigidos convencionalmente.

Ap

Actividad pedagógica 6

T

- Obligación ejecutiva –pago de una suma de dinero– declarada en la resolución de caducidad, referido a una suma líquida de dinero.

C

- La Administración instaura demanda ejecutiva contractual contra El Contratista con el fin de que se libre orden de pago a su favor por \$ 150.000 valor del saldo insoluto de la cláusula penal contenida en el contrato de obra celebrado entre las partes debido al incumplimiento contractual declarado en la resolución de caducidad expedida por aquella.

Ejecutoriado el acto, la Administración requirió al Contratista para que cancelaran el valor total de la cláusula penal pecuniaria (\$ 300.000), sin que a la fecha haya cancelado suma alguna de dinero por voluntad suya –excepto lo descontado a título de compensación– de acuerdo con las facturas de cobro presentadas posteriormente a la Resolución, por obras ejecutadas, quedando un saldo considerable por pagar a favor de esta Entidad pública.

El título ejecutivo lo conforman el contrato y la resolución de caducidad, documentos que son aportados con la demanda ejecutiva, junto con un cuadro donde se relacionan las compensaciones hechas directamente con las sumas adeudadas al contratista.

En el contrato se pactó la siguiente estipulación:

“Cláusula penal pecuniaria. En caso de declaratoria de caducidad o incumplimiento, la empresa hará efectiva la sanción penal pecuniaria. El monto de esta se establece en el diez por ciento (10%) del valor del Contrato. El valor de la Cláusula Penal que se haga efectiva al contratista se considerará como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados por este a la empresa y se tomará directamente de los pagos retenidos o de cualquier suma que se le adeude al contratista, o de la garantía de cumplimiento”.

Librado el mandamiento de pago por el Juez o Jueza Administrativo, el Contratista recurre en reposición aduciendo que la resolución no fue dictada por una cantidad líquida de dinero plenamente determinada, pues solo se cobra el saldo insoluto y, dado que en el artículo 2º del mencionado acto se dijo que la cuantía de la cláusula penal podía ser objeto de corrección posterior en la liquidación del contrato.

P
N
Sj

- ¿Debe reponerse el Mandamiento de Pago?
- Código de Procedimiento Civil Artículos 491 y 497
- En palabras del Consejo de Estado:

“[...] Cantidad líquida de dinero es la expresada en una cifra numérica precisa o que sea liquidable por simple operación aritmética, sin estar sujeta a deducciones indeterminadas.

[...]

El juez librará el mandamiento de pago en la forma pedida si fuere procedente o en la que se considere legal.

[...]

El demandante podía presentar la demanda por el valor insoluto de la suma impuesta en el acto administrativo a título de pena, pues es posible determinar, de

acuerdo con los documentos que conforman el título y los anexos de la demanda el saldo insoluto de la obligación.

[...]

La posibilidad de que la cuantía de la cláusula penal pueda ser objeto de corrección posterior en la liquidación del contrato, no pugna con la determinación de una suma líquida de dinero dentro del acto administrativo, “pues es factible que por una simple operación aritmética posterior, que bien puede hacerse al momento de la liquidación, y atendiendo a que la cuantía del contrato No. 049 no está fijada en una suma única, se establezca que el valor de la cláusula penal debe variarse, ya sea para aumentarlo o bien para disminuirla, como en efecto ha sucedido en este caso por efecto de los descuentos parciales realizados al contratista”.

[...]

La liquidación consiste precisamente en un cruce de cuentas entre las partes involucradas, con el objetivo de finiquitar o establecer con carácter definitivo las cuentas pendientes entre estas.

[...]

Establecido el incumplimiento del contratista, mediante la declaratoria de caducidad, la exigibilidad de la cláusula penal y su valor parcial o total, pero en todo caso determinado, mediante acto administrativo que se encuentra en firme, este en sí mismo, por virtud de los artículos 64 y 66 del Código Contencioso Administrativo, es de carácter obligatorio y suficiente para que la administración ejecute los actos necesarios para su cumplimiento[...]”³⁰⁶.



- No habría lugar a reponer el Mandamiento de Pago, porque se trata de una cantidad líquida de dinero determinable fácilmente.

Debe tenerse en cuenta que de conformidad con la Ley 1066, el cobro de esta acreencia se debe efectuar por el procedimiento administrativo de cobro coactivo.

³⁰⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección III. Ponente: German Rodríguez Villamizar. Sentencia del 28 de octubre de 2004. Radicación número 05001-23-24-000-2000-3959-01(22261), Actor: Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Ltda.

A_p

Actividad pedagógica 7

T C

- Cobro de cánones de arrendamiento
- El Establecimiento público Aeropuerto Volamos, inicia ante el Juez o Jueza Administrativo proceso de ejecución contra Hangares S.A. a fin de que se libere mandamiento de pago por los cánones de arrendamiento, cuotas de administración e IVA que debe a raíz de contrato de arrendamiento incumplido y cuyas sumas quedó debiendo a la entidad pública.

P_j

- ¿Pueden cobrarse ejecutivamente los cánones insolutos provenientes del contrato de arrendamiento?

N

- Código de Procedimiento Civil: artículo 488, 491, 497, 498
Ley 56 de 1985, artículo 23³⁰⁷

S_j

- Sobre el particular considera el Consejo de Estado:

“[...] El contrato de arrendamiento en el cual surge la obligación de pagar sumas de dinero a cargo de cualquiera de las partes contratantes, presta mérito ejecutivo para el cobro de las mismas, como lo establece en forma expresa el artículo 23 de la Ley 56 de 1985, que bien puede aplicarse analógicamente al contrato de arrendamiento en materia mercantil –artículo 8° Ley 153 de 1887–.

Cuando la demanda se orienta a perseguir el pago de cánones insolutos o de sumas pendientes derivadas del contrato, no incumbe al arrendador probar que el

³⁰⁷ Esta norma fue derogada por la Ley 820 de 2003, artículo 14.

arrendatario dejó de cancelar dichas obligaciones, ya que las negaciones indefinidas no requieren de prueba –artículo 177 Código de Procedimiento Civil–; por lo tanto, sólo le basta al arrendador afirmar que no se le han cubierto los cánones correspondientes a determinado lapso para que se tenga como cierto tal hecho, quedándole al arrendatario la carga de presentar prueba del hecho del pago[...]³⁰⁸.

C

- Es posible el cobro por vía del proceso ejecutivo de los cánones de arrendamiento y de sumas pendientes derivadas del contrato. En cada caso debe estudiarse si las sumas adeudadas derivan directamente del contrato, pues de lo contrario no sería posible su cobro ejecutivo que hoy en día debe adelantarse por el procedimiento de cobro coactivo administrativo (Ley 1066).

A

Actividad pedagógica 8

T
C

- Título ejecutivo y Títulos valores
- Una entidad Bancaria Sociedad de Economía Mixta demanda ejecutivamente a un Municipio para que se libere mandamiento de pago por la suma de mil seiscientos millones de pesos (\$1.600.000.000,00) además de los intereses corrientes y los moratorios de acuerdo con lo pactado en el contrato de empréstito, pignoración de rentas e hipoteca celebrado entre las partes.

Anexó a la demanda el contrato y un pagaré otorgado por el Municipio.

³⁰⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección III. Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Sentencia del 16 de mayo de 2002. Radicación número 25000-23-26-000-2000-2830-01(21125). Actor: Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.

P
N
Sj

- ¿Es competente la Jurisdicción contencioso-administrativa para conocer del proceso ejecutivo?
- Código de Comercio, artículos 625 y 784.
- La posición del Consejo de Estado es la siguiente:

“[...] La sola existencia de títulos valores de contenido crediticio no implica siempre que la relación entre sus partes se rija por el derecho cambiario. En efecto, cuando el título permanece entre las partes del negocio subyacente conserva relevancia la relación causal entre este, por lo cual, el deudor puede oponer excepciones propias del contrato y el juez deberá aplicar el derecho que lo rige.

[...]

Cuando se trata de contratos estatales que originaron la creación de un título valor, por ejemplo de un pagaré, que no ha circulado y cuyo cobro se pretende por la vía judicial, teniendo en cuenta que se pueden oponer excepciones propias del contrato estatal, el competente para conocer de la ejecución será el juez de lo contencioso administrativo, siempre que concurran los siguientes requisitos:

- a) Que el título valor haya tenido como causa un contrato estatal.
- b) Que el contrato del que se trate sea de aquellos de los que conoce la jurisdicción contencioso-administrativa.
- c) Que las partes del título lo sean también del contrato.
- d) Que las excepciones derivadas del contrato sean oponibles en el proceso ejecutivo [...] ”³⁰⁹.

Co

- La Jurisdicción contencioso-administrativa puede conocer del proceso de ejecución de un título valor relacionado con el contrato estatal, que no haya salido de manos del

³⁰⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección III. Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Sentencia del 21 de febrero de 2002, Radicación número 41001-23-31-000-2000-2175-01(19270) Actor: Bancaffé.

tenedor original, en virtud de la ley de circulación propia de los títulos valores.

Ap

Actividad pedagógica 9

TC

- Título valor: la factura cambiaria.
- Se instaura demanda ejecutiva, contra la Administración a fin de que se libre mandamiento ejecutivo por la suma de dos millones quinientos treinta mil pesos m.l. (\$ 2.530.000,00), por concepto de obligación por capital, contenida en una factura cambiaria de compraventa, más el valor de los intereses.

Aporta la factura cambiaria sin que en la misma conste la aceptación por parte de la entidad pública.

PN

- ¿Puede librarse Mandamiento de Pago?
- Código de Procedimiento Civil: Artículo 488.
Ley 80 de 1993, artículos 32 y 75.

Sj

- En palabras del Consejo de Estado:

“[...] En el proceso ejecutivo no tiene por qué solicitarse al ejecutado que allegue pruebas tendientes a integrar el título del que se habla.

[...]

La única posibilidad de pruebas, previo al Mandamiento de Pago, es en lo que respecta a las medidas previas.

[...]

El juez del proceso ejecutivo carece de competencia para requerir a los posibles deudores a efecto de que remitan al expediente el documento o conjunto de documentos que constituyen el presunto “título ejecutivo”, de cuya existencia pende la procedibilidad del proceso ejecutivo.

La demanda ejecutiva debe ir acompañada del o los documentos que contienen la obligación clara, expresa y exigible, por cuya efectiva satisfacción se acude a la jurisdicción.

No es dable pretender que sea el juez de la ejecución quien busque, solicite, y requiera los documentos que podrían constituir el título ejecutivo; pues esta es una carga procesal del ejecutante, no una función del juez. Cosa distinta es la posibilidad que ofrece la ley para que el demandante, antes de que se profiera el mandamiento de pago, logre el concurso del juez para complementar los requisitos de exigibilidad o autenticidad exigidos por la ley para que exista el título ejecutivo, mediante la utilización de las diligencias previas, las cuales son taxativas y restringidas, a las situaciones que prevé[...]”³¹⁰.

C

- Si la obligación se respalda en “facturas cambiarias de compraventa”, el documento debe contener el requisito de la aceptación por parte del comprador, de conformidad con lo previsto en los artículos 772 y 773 del Código de Comercio.

Cuando el vendedor expide una factura cambiaria de compraventa debe remitirla o presentarla al comprador para que este la acepte.

No se puede librar Mandamiento de Pago con base en la factura cambiaria, porque no reúne los requisitos exigidos por la Ley para la creación de un título valor de tal naturaleza.

³¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección III. Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Sentencia del 5 de octubre de 2000. Radicación número 16868. Actor: Unión Temporal H Y M.

Ap

Actividad pedagógica 10

TC

- Excepción de Nulidad Absoluta del Contrato
- Con base en el acto en firme que declaró la caducidad del contrato, la Administración inicia proceso de ejecución contra la compañía Aseguradora que amparó los riesgos del contrato.

Dentro del término de traslado la ejecutada propone como excepción la nulidad absoluta del contrato, argumentando que en su celebración no se dio cumplimiento a los principios de transparencia, economía, responsabilidad —no se sometió a licitación pública—, ni se dio cumplimiento al deber de selección objetiva .

Pj

- ¿En los procesos de ejecución, donde el recaudo ejecutivo es un acto administrativo contractual, es posible proponer la excepción de nulidad absoluta del contrato?

N

- Artículo 87, inciso final, del Código Contencioso Administrativo.

Artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

Artículo 267 del Código Contencioso Administrativo.

Artículo 509 del Código de Procedimiento Civil.

Sj

“ [...] Dentro de los procesos ejecutivos en los cuales el título de recaudo ejecutivo esté constituido por un acto administrativo, solo es posible proponer como excepciones, las de pago, compensación, confusión, novación, remisión,

prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos ocurridos con posterioridad a la expedición del acto administrativo; la de indebida representación de las partes o por falta de notificación en legal forma de personas determinadas, o por falta de emplazamiento en legal forma de las personas indeterminadas que deban ser citadas como partes y la de pérdida de la cosa debida, con la advertencia de que tampoco procede la proposición de excepciones previas, conforme a la modificación que al inciso 2° del artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, introdujo la Ley 794 de 2003.

Al permitirse el cuestionamiento de legalidad del acto administrativo presentado como recaudo ejecutivo, a través de la proposición de excepciones dentro del proceso ejecutivo, fundadas en hechos sucedidos con anterioridad a la expedición del acto administrativo, se está desconociendo de un lado la naturaleza de providencia que conlleva ejecución que el artículo 64 del C. C. Administrativo, le otorga al acto administrativo, y de otro, se vulnera el debido proceso, como quiera que se surte la revisión de legalidad del acto administrativo ante un juez diferente a aquel establecido por el Legislador para el efecto, esto es ante el juez de la ejecución y no ante el ordinario que fue al que se atribuyó competencia por el Legislador para realizar tal enjuiciamiento, además de que se le da a la revisión de legalidad un trámite diferente al señalado para el efecto por el legislador, y se desconocen los términos que también el legislador previó para la formulación del juicio de legalidad.

El trámite de excepciones que discutan la legalidad del título de recaudo ejecutivo, desnaturaliza el proceso ejecutivo que sólo busca obtener coercitivamente del deudor, el pago a favor del acreedor, de una obligación sobre cuya claridad, expresión y exigibilidad, no existe duda alguna. El trámite de excepciones en el proceso ejecutivo no permite convertirlo en un proceso ordinario, en el cual se discuta la legalidad del título. Para cuando existen dudas sobre la legalidad del título el legislador previó su cuestionamiento a través del juicio ordinario que corresponde y la suspensión del proceso ejecutivo por prejudicialidad, conforme lo indica el artículo 170 numeral 2° del Código de Procedimiento Civil [...]”³¹¹.

“[...] El artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 previó que en los procesos ejecutivos adelantados ante esta jurisdicción se aplicaría la regulación del proceso ejecutivo

³¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Sentencia del 27 de julio de 2005, expediente No. 1996-35701 (23565), Actor: Ecopetrol.

singular de mayor cuantía contenida en el Código de Procedimiento Civil, de este modo el trámite a seguir es el señalado en dicho estatuto, en materia de recursos, pruebas o incidentes.

Bajo dicho régimen el auto que resuelve sobre la suspensión del proceso es apelable a términos del inciso 2° del artículo 171 del Código de Procedimiento Civil. Se llega a esta conclusión porque el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil señala las circunstancias en que procede la suspensión del proceso, pero, el numeral 2° de la norma enseña que tratándose de procesos ejecutivos este no se suspenderá porque exista un proceso ordinario iniciado antes o después de aquel, que verse sobre la validez o la autenticidad del título ejecutivo, si en este es procedente alegar los mismos hechos como excepción.

En principio, cabe únicamente la suspensión del proceso por prejudicialidad, cuando la cuestión debatida en el segundo proceso no puede ventilarse conjuntamente con la debatida en el primer proceso y la sentencia que se va a dictar en uno de los juicios influya necesariamente en el otro, con la restricción prevista por la norma para los procesos ejecutivos[...]³¹².

“[...] La invalidez del contrato estatal, que se aduzca como fuente de la obligación cuyo cumplimiento se exige, se puede proponer como excepción de mérito dentro del proceso ejecutivo, siempre que se invoque dentro del término que prevé la ley para el ejercicio de la correspondiente acción de nulidad.

La excepción, entendida como una manifestación del derecho de contradicción del que es titular todo sujeto, que se traduce en el ejercicio del derecho de acción por el sujeto pasivo de la relación jurídico procesal, está igualmente sometida a las condiciones legales que determinan su extinción por el transcurso del tiempo[...]³¹³.



- Se presenta este caso porque ella refleja la línea jurisprudencial del Consejo de Estado, cuando el título ejecutivo es una sentencia, un laudo de condena o un acto administrativo ejecutoriado, debate que acorde con la Ley

³¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 4 de noviembre de 2004, Magistrado Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, Radicación número 25000-23-26-000-2001-2945-01(24350).

³¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 18 de abril de 2002, Magistrado Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Radicación número 63001-23-31-000-1996-4300-01(14255).

1066 se supera toda vez que las excepciones procedentes son las que consagra el Estatuto Tributario, que en esa materia es más amplio.

En los demás casos, esto es cuando la ejecución no tenga como base una providencia judicial o un acto administrativo no existe esta restricción y por lo tanto debe darse trámite a la excepción propuesta, incluso es posible que el Juez o Jueza declare oficiosamente las excepciones probadas³¹⁴.

Ap

Actividad pedagógica 11

TC

- Excepción de prescripción.
- Procedente del Distrito Judicial de Cundinamarca llega al Distrito Judicial de Antioquia, el proceso de ejecución instaurado por una entidad pública en contra de una compañía de seguros, con base en el acto administrativo de incumplimiento que ordena hacer efectivo el seguro respectivo.

Librado el Mandamiento de Pago, la deudora propone la excepción de prescripción.

Pj

- ¿Qué día se tiene en cuenta para efectos de establecer si hay o no prescripción?

N

- Artículos 143 y 215 del Código Contencioso Administrativo
Artículos 90, 99, 148, 509 y 510 del Código de Procedimiento Civil.

³¹⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, agosto 14 de 2004, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, Radicación número 20001-23-31-000-1999-0727-01(21177).

Sj

- El Consejo de Estado se ha pronunciado en el siguiente sentido:

“[...] Dentro de los procesos ejecutivos en los cuales el título de recaudo ejecutivo esté constituido por un acto administrativo, solo es posible proponer como excepciones, las de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos ocurridos con posterioridad a la expedición del acto administrativo; la de indebida representación de las partes o por falta de notificación en legal forma de personas determinadas, o por falta de emplazamiento en legal forma de las personas indeterminadas que deban ser citadas como partes y la de pérdida de la cosa debida, con la advertencia de que tampoco procede la proposición de excepciones previas, conforme a la modificación que al inciso 2º del artículo 509 del C. P. Civil, introdujo la Ley 794 de 2003[...]

³¹⁵.

“[...] En materia de seguros, igualmente esa condición prevé que el riesgo asegurado debe acaecer dentro de la vigencia del contrato de seguro. El tiempo de prescripción ordinaria y extraordinaria fijado por la ley tiene como objeto indicar el límite máximo para que el beneficiario o víctima, respectivamente, de una parte, reclame o declare a su favor la indemnización por siniestro y, de otra parte, ejecute al asegurador.

Así las cosas, la obligación de indemnizar por parte del asegurado, cuando el beneficiario del contrato de seguros es la administración, se hace exigible cuando el acto administrativo que reconoce la existencia del siniestro está en firme. Así lo precisó la Sala en auto dictado el día 12 de octubre de 2000 [...]

³¹⁶.

“[...] La excepción de prescripción de la acción por su naturaleza es “de mérito” aunque pueda proponerse como previa (art. 97 del C. P. C) porque de establecerse enerva la pretensión ejecutiva, y dice que la obligación se volvió natural por el transcurso del tiempo, porque el titular del derecho no lo ejercitó a tiempo.

La prescripción referida es el hecho jurídico comprobado de que el titular del derecho de crédito no acudió en ejercicio del mismo ante el juez, que es la

³¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Sentencia del 27 de julio de 2005, expediente No. 1996-35701 (23565), Actor: Ecopetrol.

³¹⁶ Auto de julio 12 de 2001, expediente 16.669, con ponencia de la doctora María Elena Giraldo Gómez.

autoridad que puede constreñir forzosamente al deudor a cumplir la obligación civil, que se caracteriza por ser clara, expresa y actualmente exigible.

Para determinar qué término de prescripción debe tomarse, es necesario verificar cuándo surgió la obligación de pago a cargo del ejecutado y qué norma jurídica es aplicable al caso.

Cuando la prescripción supone la extinción de la acción —caducidad— el demandante no podrá escoger el término de caducidad aplicable, y si esta debe declararse de oficio, resulta contradictorio que la parte demandada tenga la posibilidad de elegir el término que debe aplicar el Juez.

Con la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998, que empezó a regir el 8 de julio siguiente, el legislador fijó como término de prescripción de la acción ejecutiva, en el artículo 44 que modificó el numeral 11 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, el término de cinco años pero solo respecto de títulos judiciales derivados de la jurisdicción contencioso administrativa[...]”³¹⁷.

Co

- Con la advertencia que en esta materia debe estudiarse la incidencia de la Ley 1066, que establece que el cobro debe adelantarse por la vía del procedimiento administrativo coactivo, se presenta este caso porque de todas formas arroja luces sobre la prescripción como hecho extintivo de las obligaciones.

En el caso de falta de competencia por el factor territorial, “para todos los efectos legales se tendrá en cuenta la presentación inicial hecha ante la Corporación o Juzgado que ordena la remisión”.

Esta interpretación sistemática consulta la naturaleza del derecho a la tutela judicial efectiva y armoniza con lo dispuesto en el artículo 215 del Código Contencioso Administrativo —“la falta de competencia no afectará la validez de la actuación cumplida hasta la decisión del conflicto”— y con los artículos 90, 140, numeral 2, 143, 144, 146 del Código de Procedimiento Civil y 148 del Código de Procedimiento Civil.

³¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de noviembre 30 de 2004, Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez, Radicación número 25000-23-26-000-2000-0990-01(25976).

La presentación de la demanda interrumpe el término de prescripción e impide que opere la caducidad, siempre que se cumplan los supuestos descritos en el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil (notificación dentro del año siguiente a la comunicación por estados del Mandamiento de Pago).

En esas circunstancias la fecha que debe tenerse en cuenta para todos los efectos legales es la de la presentación de la demanda.

El término para el ejercicio de la acción ejecutiva, cinco años contados a partir de la exigibilidad del respectivo derecho, fue regulado de manera expresa por la Ley 446 que reformó en ese punto el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo. La jurisprudencia ha entendido que dicho plazo es aplicable a los procesos de ejecución de obligaciones contractuales exigibles después de la vigencia de la referida Ley 446, publicada el 8 de julio de 1998. Las exigibles antes se rigen por el artículo 2536 del Código Civil, que consagra una prescripción de 10 años³¹⁸.

Tratándose de seguros de cumplimiento la prescripción se encuentra regulada en el Código de Comercio artículo 1081.

Ap

Actividad pedagógica 12

TC

- Pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo
- Una entidad pública, debido al incumplimiento de la Aseguradora, libra mandamiento de pago contra esta para que le sea pagada la suma correspondiente a la cláusula penal.

Debido a ello, la aseguradora propone como excepción el DECAIMIENTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO. Afirma que existe pérdida de fuerza ejecutoria del acto aportado como título ejecutivo, porque la ejecutante contaba, a partir de la fecha de quedar en firme el acto, con cinco años para ejecutarlo.

³¹⁸ Véase auto del Consejo de Estado Sección Tercera, de junio 5 de 1998, Expediente 14.454. Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque.

P N Sj

- ¿La expedición del Mandamiento de Pago implica la interrupción del plazo de pérdida de la fuerza ejecutoria?
- Artículo 66 del Código Contencioso Administrativo
- El Consejo de Estado se ha pronunciado en el siguiente sentido:

“[...] Dentro de los procesos ejecutivos en los cuales el título de recaudo ejecutivo esté constituido por un acto administrativo, solo es posible proponer como excepciones, las de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos ocurridos con posterioridad a la expedición del acto administrativo; la de indebida representación de las partes o por falta de notificación en legal forma de personas determinadas, o por falta de emplazamiento en legal forma de las personas indeterminadas que deban ser citadas como partes y la de pérdida de la cosa debida, con la advertencia de que tampoco procede la proposición de excepciones previas, conforme a la modificación que al inciso 2º del artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, introdujo la Ley 794 de 2003.

El acto administrativo, una vez en firme, tiene la calidad de providencia que conlleva ejecución; tal carácter le ha sido expresamente atribuido por el legislador en el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo.

El artículo 66 del mismo código, reitera la noción de que el acto administrativo conlleva ejecución, cuando expresamente establece los casos en los cuales pierden su fuerza ejecutoria. Por fuera de los eventos expresamente señalados en esa norma, el acto administrativo es una providencia que conlleva ejecución, la cual puede lograrse en veces directamente por parte de la administración, como sucede en los términos del artículo 68 *ibídem* para cuando se dispone de jurisdicción coactiva; o de lo contrario, ante la jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa, de acuerdo a la atribución de competencia realizada por el legislador. [...]”³¹⁹.

³¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Sentencia del 27 de julio de 2005, expediente No. 1996-35701 (23565), Actor: Ecopetrol.

“[...] La pérdida de fuerza ejecutoria regulada en el numeral 3° del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, no opera por el sólo transcurso del tiempo porque requiere de declaración a solicitud del interesado[...].”³²⁰.

“[...] El principio general de congruencia faculta al juez para declarar excepciones en los siguientes eventos: Cuando el demandado las alega, en aquellos eventos en que así lo exige la ley. Y de oficio, cuando encuentre que los hechos, en que se fundan las mismas, están probados.

El poder oficioso del Juez para el reconocimiento y declaratoria de excepciones, es la regla general para todo tipo de proceso, ya que es un enunciado expreso de los artículos 305, 306 del Código de Procedimiento Civil y 164 Código Contencioso Administrativo.

La excepción a este poder oficioso es prevista por la propia norma general, sometiendo su ocurrencia a reserva legal. La excepción al poder oficioso para el reconocimiento de hechos exceptivos, debe ser establecida y limitada expresamente por el legislador, pues la excepción a dicha regla quedó sometida a reserva legal. Por lo anterior, la excepción a la regla general no puede provenir de una interpretación restrictiva y equivocada, sobre el alcance de los poderes oficiosos del Juez.

Si del debate del proceso ejecutivo, se llega a la demostración de un hecho que afecte el derecho que se pretende, o que indique la falta de los requisitos de existencia y validez del título de recaudo ejecutivo, la declaratoria de dicha situación no atenta contra el principio de congruencia exigido en las providencias judiciales, porque el fundamento de la declaratoria oficiosa, es el resultado de los hechos demostrados en el debate procesal, situación que le da al Juez la certeza necesaria para proferir un fallo que obedezca a la realidad probatoria[...].”³²¹.

Co

- A pesar de que el tratamiento de las excepciones contra el título ejecutivo-acto administrativo, cambió en virtud de la Ley 1066, se trae a colación este caso porque trata el caso del decaimiento del acto.

³²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 30 de marzo de 2006, Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez, Radicación número 25000-23-26-000-2003-01895-01(30086).

³²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de agosto 12 de 2004, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, Radicación número 20001-23-31-000-1999-0727-01 (21177).

Un acto administrativo pierde su fuerza de ejecutoria cuando, entre otros casos, al cabo de cinco años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos; este término se interrumpe por el Mandamiento de Pago por tratarse de una actuación que busca el cumplimiento del acto administrativo.

A

Actividad pedagógica 13

T
C

- Excepción de compensación
- Al proponer excepciones dentro de un proceso ejecutivo adelantado con fundamento en el acto que declaró la caducidad del contrato, la compañía aseguradora formula la excepción de compensación con base en la siguiente cláusula pactada entre las partes: “Si la entidad estatal contratante en el momento de ocurrir el siniestro fuere deudora del contratista por cualquier concepto, se compensarán las obligaciones en la cuantía que haya lugar, siempre y cuando la compensación no se oponga a las leyes vigentes”.

Por lo tanto se deben compensar lo que se ordena pagar, con los saldos u obligaciones a favor del contratista tomador por razón del servicio pagado y no prestado.

P
N

- ¿Debe prosperar la excepción propuesta?
- Artículo 823 a 843 del Estatuto Tributario
Artículo 1162 del Código de Comercio
Artículo 1174 del Código Civil

Sj

- Sobre el particular ha expresado el Consejo de Estado:

“[...] Dentro de los procesos ejecutivos en los cuales el título de recaudo ejecutivo esté constituido por un acto administrativo, solo es posible proponer como excepciones, las de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos ocurridos con posterioridad a la expedición del acto administrativo; la de indebida representación de las partes o por falta de notificación en legal forma de personas determinadas, o por falta de emplazamiento en legal forma de las personas indeterminadas que deban ser citadas como partes y la de pérdida de la cosa debida, con la advertencia de que tampoco procede la proposición de excepciones previas, conforme a la modificación que al inciso 2º del artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, introdujo la Ley 794 de 2003[...]”³²².

Co

- Con la misma advertencia hecha en los casos precedentes, se trata la compensación como forma de extinción de las obligaciones que siempre. supone que “dos personas son deudoras una de otra”.

La condición inserta en la cláusula comentada podría considerarse como ineficaz, al tenor del artículo 1162 del Código de Comercio, pues la estipulación hace más gravoso el derecho del asegurado para obtener el pago del seguro. No es lo mismo que pueda cobrar la deuda directa y totalmente a la aseguradora, a que tenga que acudir a otras formas de extinción de las obligaciones, amén que dicha cláusula es contraria al artículo 1174 del Código Civil.

Se dice que es contraria o que se opone a la ley, porque esta es categórica al indicar que las personas deben ser recíprocamente deudoras, lo que es distinto al fenómeno jurídico de la subrogación, que es el que rige en materia de Seguros y que aparece estipulado en las condiciones de la póliza.

En esas circunstancias —esta es otra perspectiva del problema— podría decirse que no se configura la excepción de compensación, como fenómeno extintivo de la obligación ejecutiva.

³²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, sentencia de 27 de julio de 2005, expediente No. 1996-35701 (23565), Actor: Ecopetrol.

A_p

Actividad pedagógica 14

T_C

- Reducción de la cláusula penal
- Al proponer excepciones dentro de un proceso ejecutivo adelantado con fundamento en el acto que declaró la caducidad del contrato a fin de lograr el pago de la cláusula penal pecuniaria, amparada por el seguro de cumplimiento, la aseguradora plantea como excepción la que denomina “reducción de la cláusula penal pecuniaria”, porque el servicio contratado fue efectivamente prestado durante siete meses, lo que implica que el perjuicio sufrido no lo fue por la totalidad de la tasación anticipada hecha.

El párrafo tercero de la cláusula primera del contrato de seguro, estipula:

“El amparo de cumplimiento cubre a las entidades estatales contratantes contra los perjuicios derivados del incumplimiento imputable al contratista de las obligaciones emanadas del contrato garantizado. Este amparo comprende el valor de la cláusula penal pecuniaria que se haga efectiva y que se considerará como pago parcial y definitivo de los perjuicios causados a la entidad estatal contratante”.

P_j

- ¿Es procedente la reducción de la cláusula penal o la aplicación de la regla proporcional en el seguro de cumplimiento?

N_{Sj}

- Artículo 823 a 843 del Estatuto Tributario
- Al respecto ha sostenido el consejo de Estado:

“[...] El artículo del Código Contencioso Administrativo establece que “en la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

El ejercicio de facultades discrecionales por parte de la Administración es susceptible de control –y susceptible de graduación–. Lo contrario repugna al Estado social de derecho que preconiza la Carta Política.

Los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio establecen que el deudor tiene derecho a la rebaja proporcional de la pena estipulada cuando el incumplimiento es parcial y, que el juez puede reducirla equitativamente si la considera manifestamente excesiva.

“El hecho de haber ejecutado el contrato casi en su totalidad da lugar a una reducción en el porcentaje de la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato, como lo ha reconocido la sala en asuntos similares”³²³.

De acuerdo con el art. 170 del Código Contencioso Administrativo que permite al Juez “estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar estas” (se destaca), en la sentencia puede reducirse la cláusula penal a un porcentaje equivalente al de las obras o servicios faltantes por ejecutar.

Si la entidad demandada hizo efectivo el acto administrativo deberá restituir al demandante los dineros en proporción respectiva, debidamente actualizada.

El acto administrativo adolece de falsa motivación porque está demostrado que si bien hubo incumplimiento del contrato, este no fue de la magnitud expresada en la decisión.

“Se precisa en estos términos la sentencia del 20 de octubre de 1995 antes citada en cuanto no anuló las resoluciones atacadas y se limitó a modificar el monto

³²³ En sentencia de 20 de octubre de 1995, Exp. 7757, la sala señaló: “(...) En principio, entonces, “habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio” (art. 1599 del C.C.), lo cual releva en este caso a la administración de la carga de probar el perjuicio que estaría a su debe en condiciones normales; es lo que se conoce como el efecto evaluativo de la cláusula penal. La excepción que –se repite– obedece a criterios de justicia, prescribe que, si bien la cláusula penal actúa como mecanismo de evaluación del daño, sin necesidad de pruebas adicionales, cuando el deudor ha cumplido parcialmente la obligación principal y ha sido recibida por el acreedor, el juzgador reducirá su monto atendiendo a la equidad”. (La reducción proporcional de la pena tiene su fundamento en los arts. 1596 del C.C. y 867 del C. de Co.

de la cláusula penal, ya que reexaminado el asunto se advierte que la potestad conferida al juez administrativo en el artículo 170 del Código de la materia para modificar o reformar los actos cuestionados, lo es para efectos de restablecer el derecho lesionado, lo cual como es apenas obvio, supone que previamente se haya declarado la correspondiente nulidad del acto causante del agravio (art. 85 *ibídem*), bien por falsa motivación o por no respetar el principio de proporcionalidad, cargo este último que encajaría dentro de la causal de infracción a las normas en que debía fundarse (art. 84 *ibídem*), pues como se anotó antes, ese principio está recogido hoy en la legislación nacional y constituye un imperativo para la administración frente a sus decisiones de carácter discrecional (art. 36 *ibídem*) [...]”³²⁴.



- La “reducción de la cláusula penal “es en el fondo la aplicación de la llamada regla proporcional del seguro de daño.

Algunos sostienen que la reducción de la cláusula penal pecuniaria no opera automáticamente, con base en las siguientes razones:

El seguro de cumplimiento por tratarse de uno de aquellos conocidos como seguro patrimonial —una especie del género de seguros de daños— que busca indemnizar a una persona contra los hechos que afectan su patrimonio económico o sea la universalidad de sus derechos o intereses, es distinto de los llamados seguros reales cuyo objeto es la protección o indemnización de los “daños en bienes corporales o tangibles que tienen una existencia material y pueden ser percibidos por los sentido o en los derechos particulares concretamente radicados en ellos”³²⁵.

Por eso el seguro de cumplimiento no recae en una cosa corporal, tangible, ni el derecho del asegurado está vinculado a una cosa concreta, determinada, tangible. Es un derecho de crédito que hace parte del patrimonio del asegurado, entendido el concepto de patrimonio en su sentido clásico, como una universalidad de bienes, como un conjunto de derechos y obligaciones de una persona, que tiene valor económico.

³²⁴ CE. Sección Tercera. Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Sentencia del nueve (9) de marzo de dos mil (2000), Radicación número 10540, Actor: Sociedad Contratistas Suramericanos Asociados.

³²⁵ Cfr. Revista Estudios de Derecho, septiembre de 1973. No. 84. “Apuntes sobre el Contrato de Seguro”. Dr. Antonio Mejía Jaramillo. Pág. 206.

En ese orden de ideas la regla proporcional es un elemento de la naturaleza del contrato de seguro de daños reales no de los patrimoniales, donde bien puede afirmarse que es un elemento accidental y de cuya estipulación puede deducirse extraordinariamente su aplicación³²⁶.

A

Actividad pedagógica 15

T
C

- Falta de integración del litis consorcio
- En un proceso de ejecución la aseguradora propone como excepción la falta de integración del litisconsorcio, pues no se citó al proceso al deudor principal, que es precisamente el contratista afianzado.

P

- ¿Existe litis consorcio necesario entre la aseguradora y el contratista?

N

- Artículo 1571 del Código Civil
Artículo 52 del Código de Procedimiento Civil.

S

- La tesis del Consejo de Estado es la siguiente:

“[...] Dentro de los procesos ejecutivos en los cuales el título de recaudo ejecutivo esté constituido por un acto administrativo, solo es posible proponer como excepciones, las de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos ocurridos con posterioridad a la expedición del acto administrativo; la de indebida representación

³²⁶ Cfr. J. Efrén Ossa G. Teoría General del Seguro. Editorial Temis. 1991. Pág. 234: “Obedece esta solución a la dificultad de medir previamente el alcance máximo de la indemnización y que el riesgo no pesa sobre un objeto determinado cuya estimación económica sea susceptible de precisar”.

de las partes o por falta de notificación en legal forma de personas determinadas, o por falta de emplazamiento en legal forma de las personas indeterminadas que deban ser citadas como partes y la de pérdida de la cosa debida, con la advertencia de que tampoco procede la proposición de excepciones previas, conforme a la modificación que al inciso 2º del artículo 509 del Código de Procedimiento Civil introdujo la Ley 794 de 2003[...]”³²⁷.

Co

- De acuerdo con la solución jurisprudencial que hoy cambia en virtud de la Ley 1066, las excepciones que pueden alegarse en el proceso de ejecución adelantado con base en un acto administrativo son taxativas.

La obligación de pago, la principal del asegurador, puede no calificarse, “per se”, como una obligación solidaria, habida consideración que este tipo de obligaciones suponen una sola prestación, un solo objeto y la posibilidad de exigir su cumplimiento a varios sujetos.

Ocurrido el siniestro, el llamado a cumplir la obligación que surge del contrato de seguro es aquel que se comprometió a tal, el asegurador, no el contratista, pues su prestación se distingue y es perfectamente separable de las obligaciones del tomador contratista, muy a pesar de que no converja en este la calidad de asegurado.

Los efectos jurídicos de las decisiones que hacen parte del título ejecutivo, van dirigidas al cobro del seguro. Luego el sujeto pasivo de la obligación es la compañía aseguradora y no su tomador. El conflicto jurídico se traba entre la aseguradora y el asegurado a raíz de la ocurrencia del siniestro que aquella considera que no está obligada a pagar.

Sí, así son las cosas, entre el contratista y la aseguradora no puede hablarse de un litisconsorcio necesario. Será una relación adhesiva o litisconsorcial, de conformidad con el artículo 52 del C., ya que el contratista puede verse afectado desfavorablemente, en la medida en que la aseguradora puede subrogarse o exigir las contragarantías otorgadas.

³²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, sentencia de 27 de julio de 2005, expediente No. 1996-35701 (23565), Actor: Ecopetrol.

Ap

Actividad pedagógica 16

TC

- Embargo de transferencias y participaciones de entidades territoriales.
- Una entidad territorial celebró un contrato de obra pública para la construcción de un dique de protección en la ribera de un río.

Liquidado el contrato, quedó un saldo a favor del contratista el cual no ha sido cancelado.

A fin de obtener su pago, solicita el embargo de los dineros que actualmente se encuentran depositados en las siguientes cuentas:

Cuenta corriente Bancaria donde se encuentran depositados los dineros del IVA.

Cuenta corriente Bancaria donde se encuentran depositados los dineros del fondo local de salud.

Cuenta corriente donde se encuentran depositados los dineros de Fondos Comunes del municipio..

Pj

N

Sj

- ¿Podrá ordenarse el embargo de los dineros depositados en tales cuentas?
- Decreto 111 de 1996, artículo 19; artículos 44, 47 y concordantes de la Ley 715 de 2001:
- Sobre el particular ha sostenido el Consejo de Estado:

“[...] El artículo 684 del Código de Procedimiento Civil, indica que no sólo son inembargables los bienes que señala sino además otros por disposición de leyes especiales.

Por regla general las cesiones y participaciones de los Municipios son inembargables de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 del Decreto 111 de 1996.

El impuesto al valor agregado es un tributo de carácter nacional que hace parte de los ingresos corrientes de la Nación, de los cuales los Municipios tienen una participación a través de las transferencias, las cuales, una vez percibidas por los Municipios deben ser invertidas prioritariamente en inversión social, toda vez que tienen una destinación específica –artículo 84 L. 715 de 2001–.

Los dineros del Fondo Local de Salud provienen exclusivamente del Sistema General de Participaciones y tienen destinación específica de acuerdo también con lo dispuesto por el artículo 47 de la Ley 715 de 2001.

Excepcionalmente, cuando la fuente jurídica del título ejecutivo tiene por objeto la destinación específica de las transferencias o participaciones que perciben los Municipios, pueden embargarse los dineros provenientes de cesiones y participaciones.

La acreencia que se pide ejecutar deriva de un contrato de obra pública no con objeto de inversión social, sino de construcción de un dique. El objeto del contrato no coincide con el objeto de la destinación específica de las transferencias.

Los dineros depositados en la cuenta sobre la cual el ejecutante pretende que recaiga la medida cautelar contiene dineros del Fondo Local de Salud que son de destinación específica y, por lo tanto, al igual que sucede con la anterior cuenta del IVA que se analizó, es improcedente la medida cautelar porque el objeto del contrato, del cual deriva la ejecución (de obra pública de construcción de un Dique) no coincide con la destinación específica de los dineros del Fondo Local de Salud (salud) y por lo tanto resulta inembargable.

En lo que respecta con la otra cuenta, sí se decretará el embargo, toda vez que en principio no pesa sobre ellas la limitante de inembargabilidad por no provenir sus recursos de cesiones, participaciones o transferencias[...]³²⁸.

³²⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera, Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez, Bogotá, D. C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil cuatro (2004), Radicación número 68001-23-15-000-2003-2309-01(26563) A, Actor: Inocencio Martínez Estrada.



- Por tratarse de dineros provenientes de las cesiones y participaciones, inembargables de conformidad con el artículo 19 del Decreto 111 de 1996, debe tenerse en cuenta que solo es posible su embargo cuando se trate de la ejecución de obligaciones derivadas de contratos celebrados por el ente territorial con el objeto de atender la destinación específica de los servicios de educación, salud y participación para propósito general (servicio de agua potable y saneamiento básico), de que trata la Ley 715 de 2001.

Cuando en el contrato que verse sobre dichos objetos, se ha establecido que la garantía del pago al contratista se hará con los dineros pertenecientes al sistema general de participaciones, perfectamente pueden ser objeto de embargos, así lo estableció el C. E., en Providencia del 13 de marzo de 2006, con la ponencia del doctor Ramiro Saavedra Becerra, Exp. 26.566, Rad. 0800-12-33-1000-2001-00343-01:

“En otras palabras, si la cesión o transferencia se hace al ente territorial para que atienda necesidades específicas de la comunidad, y el departamento, municipio o distrito, a quien se transfieren esos recursos, celebra un contrato estatal con ese fin, la obligación de pagar al contratista que cumplió con el objeto del contrato debe hacerse precisamente, con los dineros transferidos con esa destinación. Razón por la cual, ante el incumplimiento de la administración, el contratista puede acudir al proceso ejecutivo y obtener el embargo de tales rentas”.

Debe tenerse en cuenta que la embargabilidad de dichos dineros tiene como referente el objeto del contrato, razón por la cual es válido afirmar que cuando nada se dice en el contrato, su pago, por ende el embargo, se hace con cargo a dichos recursos o transferencias.

Esa es la idea que se desprende de las providencias del Consejo de Estado de fecha junio 7 de 2001—contratos celebrados con cargo al presupuesto municipal, razón por la cual se negó el embargo— y de mayo 20 de 2004, donde no se puso tal condición y se ordenó la medida cautelar³²⁹.

Los bienes de las entidades territoriales no están protegidos por el principio de inembargabilidad previsto en el artículo 109 del Decreto 111 de 1996. Se rigen

³²⁹ Cfr. Sección Tercera, Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque. Auto del veinte (20) de mayo de dos mil cuatro (2004), Radicación número 70001-23-31-000-2000-1248-01(23252). Actor: Luis María Ucros Merlano.

por el artículo 684 del Código de Procedimiento Civil y por ende son susceptibles de medidas previas hasta la tercera parte de la renta bruta de las entidades territoriales³³⁰.

Respecto de la cuenta donde se encuentran depositados los llamados Fondos Comunes, es factible decretar el embargo de los dineros, con las limitaciones previstas en el artículo 684 del Código de Procedimiento Civil.

Cuando lo embargado es dinero, se aplicará lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 681 del Código de Procedimiento Civil: La entidad bancaria efectuará el embargo correspondiente y consignará los dineros a órdenes del Juzgado en su cuenta de Depósitos Judiciales.

Ap

Actividad pedagógica 17

TC

- Embargo de cuentas corrientes: identificación.
- El ejecutante solicita como medida cautelar el embargo de las cantidades de dinero que la Administración posea en los Bancos y Corporaciones Financieras de Bogotá, D.C.

Pj

- ¿Se encuentran identificadas las cuentas corrientes, para efectos de decretar su embargo?

N

- Código de Procedimiento Civil: artículos 76

Sj

- En este sentido ha manifestado el Consejo de Estado:

³³⁰ Cfr. Sección Tercera, Consejero ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros, marzo siete (7) de dos mil dos (2002), Radicación número 76001-23-24-000-1999-1020-01(19405), Actor: Dismond Ingenieros Limitada.

“[...] El artículo 76 del Código de Procedimiento Civil, dispone que para efectos de la solicitud de medidas cautelares deben determinarse “las personas o los bienes objeto de ellas, así como el lugar donde se encuentran”.

La doctrina ha considerado que: “En relación con el requisito de que trata el inciso cuarto del artículo 76 debe advertirse que la expresión referente a la determinación de los bienes implica, no solo para este caso sino siempre que se pidan medidas cautelares, que se den los datos más precisos posibles para poder identificar los bienes respecto de los cuales van a recaer las medidas, pero sin que pueda extremarse la exégesis para señalar que si no aparece esa determinación con todo detalle no cabe el derecho de aquellas, pues son numerosos los eventos en los cuales es menester realizar la petición en un sentido general y esperar a la práctica de la cautela respectiva para comprobar su completa identificación. Así, por ejemplo, si se trata de embargar y secuestrar los muebles que se encuentren en el interior de una casa o local, basta enunciar el propósito de hacerlo pero sin que se le pueda exigir con detalle al solicitante su completa determinación, al igual de como sucedería si lo que se persiguen son saldos bancarios, para citar otro de los muchos ejemplos que ilustran la explicación”.

Es equivocado supeditar la admisión de la solicitud de las medidas cautelares al señalamiento de los números de las cuentas donde se encuentran depositados los dineros de la entidad demandada. Esa exigencia no está prevista legalmente, ni tampoco se puede deducir de la norma aplicable al caso.

Es imposible pretender que el solicitante tenga un conocimiento preciso y detallado de la entidad donde se encuentran radicados los dineros depositados a nombre de la entidad que se pretende ejecutar, así como la identificación numérica de las cuentas.

Basta con oficiar a las distintas entidades financieras, señaladas por el ejecutante, para que den cumplimiento a la medida cautelar impuesta, a lo cual procederán, lógicamente, siempre y cuando aparezca que la entidad ejecutada tiene dinero depositado, situación de la que informarán al Tribunal, para los fines a que haya lugar[...]”³³¹.

³³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, dos (2) de noviembre de dos mil (2000); Radicación número 17357; Actor: Electroequipos Castro Varela Ltda. Cfr. En el mismo sentido, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Auto del diecisiete (17) de junio de dos mil cuatro (2004), Radicación número 25000-23-25-000-1997-4432-02(25809), Actor: Industrias Full S. A.

Co

- La medida cautelar, en la forma solicitada, es procedente y no se puede hablar de falta de identificación de las cuentas.

El embargo de dineros depositados en cuentas corrientes o de ahorros se efectúa mediante la remisión de oficio circular a las entidades bancarias³³².

Ap

Actividad pedagógica 18

TC

- Embargo cuentas corrientes de la Nación
- Mediante sentencia proferida por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se condenó a la Administración a pagar la suma de \$25.000.000,00 por incumplimiento de un contrato de obra pública.

El Contratista, ante el incumplimiento de la entidad presenta demanda ejecutiva y librado y notificado el Mandamiento de Pago solicita el embargo dentro del proceso, de los dineros que, hasta por la cantidad de \$100'000.000, tenga depositados en la cuenta corriente bancaria denominada "Transferencias para pago de sentencias".

Pj

- ¿Es procedente decretar el embargo de los dineros depositados en dicha cuenta corriente?
¿En caso afirmativo, hasta qué monto debe ordenarse la medida cautelar?

³³² El secuestro de los dineros que se encuentren en cuentas bancarias tiene efecto con la simple remisión que del oficio respectivo hace el juez a la entidad bancaria para que los dineros presentes y futuros queden afectos al proceso hasta el monto señalado en el embargo (artículo 681 Código de Procedimiento Civil).

N

Sj

- Código de Procedimiento Civil, artículos 513
- En palabras del Consejo de Estado:

“ [...] La Corte Constitucional, en sentencia C-354 de agosto 4 de 1997, al estudiar la constitucionalidad del artículo 19 del Decreto 111, que incorporó materialmente el artículo 6º de la Ley 179 de 1994, expresó que la regla general de la inembargabilidad sufre excepciones.

Según la Corte, “los créditos a cargo del Estado, bien sea que consten en sentencias o en otros títulos legalmente válidos, deben ser pagados mediante el procedimiento que indica la norma acusada y que transcurridos 18 meses después de que ellos sean exigibles, es posible adelantar ejecución, con embargo de recursos del presupuesto —en primer lugar los destinados al pago de sentencias o conciliaciones, cuando se trate de esta clase de títulos— y sobre los bienes de las entidades y órganos respectivos”:

Para el caso, “se trata de un crédito que consta en una sentencia judicial y en cuya ejecución se solicita el embargo de una cuenta de la nación, es decir de recursos del presupuesto”, supuesto que encaja dentro de las excepciones relacionadas por el Tribunal Constitucional.

El embargo es procedente, pero su valor no puede exceder del doble del crédito cobrado, sus intereses y las costas, prudencialmente calculados[...]”³³³.

C

- Debe tenerse en cuenta la regla general de la inembargabilidad y determinar si la situación encaja en uno de los supuestos de excepción ya descritos en esta guía.

Si el Juez o Jueza considera que se configura una de las excepciones dichas, podrá ordenar el embargo, sin perjuicio de que la entidad acredite que el bien, derecho, recurso, ingreso o renta es inembargable.

³³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez., tres (3) de agosto de dos mil (2000), Radicación número 14368, Actor: José de Jesús Cañón.

Ap

Actividad pedagógica 19

TC

- Embargo: caución para impedir su práctica.
- Se libra mandamiento ejecutivo a favor de un Municipio y en contra de un Contratista por la suma de SESENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS DIEZ MILLONES OCHENTA Y OCHO MIL CIENTO CUARENTA Y TRES PESOS (\$66.710.088.143,00) por concepto de capital, más los intereses de mora desde el 25 de junio de 1997 hasta la fecha en que se verifique el pago total de la obligación a la tasa del 55.49% efectivo anual.

Atendiendo solicitud de la parte ejecutada, en el sentido de que se fijara caución tendiente a evitar el decreto y práctica de medidas cautelares, se accedió a la petición y se fijó la misma en la suma de seiscientos ochenta y cinco mil millones de pesos m.l. (\$685.000.000.000.00).

Pj

- ¿Es proporcionada al monto de la deuda la cuantía de la caución?

N

- Código de Procedimiento Civil: artículo 519, 513 y 618.

Sj

- En este tema el Consejo de estado ha considerado:

“[...] El artículo 519 del Código de Procedimiento Civil concede al ejecutado el derecho de solicitarle al Juez que fije caución para evitar el embargo de bienes.

[...]

El derecho, para ser ejercido, supone necesariamente “que se garantice no sólo el monto de lo adeudado con los respectivos perjuicios por el no pago oportuno (intereses de mora), sino adicionalmente las costas que implica para el acreedor el hecho de tener que acudir a la jurisdicción a reclamar el pago de su derecho”.

[...]

El Juez no puede desconocer tal derecho negándolo, imponiendo obligaciones de imposible cumplimiento, fijando sumas desproporcionadas frente a aquella que se ejecuta o superiores al valor máximo de lo que se podría llegar a embargar, ni tampoco puede lesionar los intereses del acreedor fijando sumas irrisorias que hagan ilusorio el pago del crédito que se cobra.

[...]

El Juez siempre debe conceder la posibilidad al deudor de evitar el embargo o de levantarlos si ya se han efectuado, siempre que el ejecutado preste la caución señalada.

El juez, al momento de fijar la caución de que trata el artículo 519 citado, debe establecer un límite máximo a dicha caución, que no es otro que el resultante de concordar dicha disposición con las previstas en el artículo 513 y 618 del Código de Procedimiento Civil, referidas al monto del embargo.

[...]

“... Conforme al inciso quinto del artículo 513 del Código de Procedimiento Civil³³⁴, que prevé el límite de los embargos y secuestros, el juez al decretarlos, podrá limitarlos a lo necesario, sin que el valor de los bienes pueda exceder del doble del crédito cobrado, sus intereses y las costas prudencialmente calculadas. A su vez, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 681, numeral 11, y por remisión del mismo inciso quinto del mencionado artículo 513, si lo embargado son sumas de dinero, el embargo no podrá exceder del valor del crédito y las costas, más un cincuenta por ciento. Estas disposiciones, deben servir entonces como parámetro al juez, para establecer el límite máximo al que puede llegar al momento de fijar la caución”.

[...]

³³⁴ Aplicable al caso en virtud del artículo 514 *ibidem*.

La aparente contradicción entre los artículos 513, 519 y 618 del Código de Procedimiento Civil, en relación con las cifras bases para decretar el embargo (crédito y/o intereses, y/o costas) se suple con la aplicación del artículo 489 ibídem, según el cual, cuando se trate de una cantidad líquida de dinero, el andamio ejecutivo debe ordenar el pago del crédito con los intereses desde que se hicieron exigibles hasta la cancelación de la deuda.

Por consiguiente “el valor del crédito a que se refiere el artículo 519 del Código de Procedimiento Civil, para efectos de la determinación de la caución que se ha de constituir con el fin de evitar el embargo, debe tener en cuenta no solo el valor de la obligación que se cobra, sino que igualmente debe incluir el monto de sus intereses”.

[...]

“En lo que se refiere a las costas, por virtud del artículo 507 del Código de Procedimiento Civil, estas deben liquidarse conforme a lo dispuesto en el artículo 392 ibídem y, dado que la regla general dentro del proceso ejecutivo es su causación, es evidente que también deben ser tenidas en cuenta al momento de fijar la precitada caución”.

Para efectos de la proyección de las costas, atendiendo a que no se ha acreditado la existencia de otras, puede tomarse como referencia el artículo sexto del Acuerdo No. 1887 del 26 de junio de 2003, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, “Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho”.

[...]

En conclusión, el Juez al fijar la caución pedida con el fin de evitar el embargo de bienes debe tomar como base el capital cobrado, sus intereses y el valor de las eventuales costas del proceso.

El límite máximo de dicha caución, por tratarse de una suma de dinero, será el de los anteriores rubros, más un cincuenta por ciento.

Con el fin de no restringir el alcance de la norma, dado el sentido del recurso de apelación y el derecho fundamental al debido proceso, el recurso de apelación es procedente no sólo contra la providencia que acepta o rechaza la caución, sino

también respecto de la que establece el monto o la modalidad de la caución o resuelve cuestiones semejantes[...]³³⁵.

Co

Para determinar si la cuantía de la garantía o caución es la indicada, el Juez o Jueza, de acuerdo con las pautas jurisprudenciales expuestas, debe calcular el monto de los intereses a la fecha del auto en el cual debe fijar la caución, teniendo en cuenta el plazo transcurrido desde la fecha en que se hizo exigible la obligación y la tasa de intereses señalada en el Mandamiento de Pago.

A dicha cantidad sumará el valor del capital y de las costas calculadas y, sobre dicha base, aumentada en un 50%, determinará el monto de la caución.

$$\text{Garantía (G)} = [\text{Monto de intereses (Mi)} + \text{Capital (C)} + \text{Costas (c)}] \times 0.5$$

$$\text{Mi} = n (\text{Plazo}) \times t (\text{tasa de interés})$$

En cada caso tendrá que efectuarse esta operación para determinar la proporcionalidad de la caución. Para el caso concreto, teniendo en cuenta la providencia que fijó la caución, el Consejo de Estado consideró que la fijada no obedecía a las reglas expuestas.

Ap

Actividad pedagógica 20

TC

- Medidas cautelares previas
- En escrito separado, el ejecutante al presentar la correspondiente demanda, solicita el embargo de los dineros depositados en las cuentas corrientes del ejecutado, manifestando además que está dispuesto a otorgar la caución que se fije para garantizar el pago de los perjuicios que pudieren causarse con la práctica de las medidas cautelares.

³³⁵ Sección Tercera, Consejero ponente: Germán Rodríguez Villamizar, Bogotá, D. C., diez (10) de febrero de dos mil cinco (2005), Radicación número 05001-23-31-000-2000-03959-01(24066), Actor: Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Ltda.

Pj

- ¿Es procedente decretar la medida previa solicitada?

N

- Código de Procedimiento Civil: artículo 513

Sj

- “[...] Las medidas ejecutivas o cautelares pueden ser de dos tipos: las previas –artículo 513 Código de Procedimiento Civil– y las que se decretan dentro del proceso –artículo 514 ibídem–.

De conformidad con el artículo 513 del Código de Procedimiento Civil las medidas cautelares previas, para su procedencia, deben reunir los requisitos o condiciones formales y de fondo previstos en la referida disposición.

Los Requisitos de forma son: a) Solicitud en escrito separado al tiempo que presenta la demanda. b) Denuncia de bienes bajo la gravedad del juramento que se entiende con la presentación del escrito. c) El ejecutante debe prestar caución en dinero, bancaria o de compañía de seguros, equivalente al 10% del valor total de la ejecución, para responder por los perjuicios que se causen con la práctica de dichas medidas cautelares.

Los requisitos de fondo son: a) Los Bienes denunciados deben ser susceptibles de medida cautelar (“rentas y recursos incorporados en el presupuesto general de la Nación” no); b) En todo caso, el valor de los bienes denunciados no puede exceder del doble del crédito cobrado, sus intereses y costas prudencialmente calculadas, salvo bienes hipotecados o en prenda garantes del crédito que se obra o divididos; c) Cuando se trate de dinero en depósitos bancarios o similares el valor no puede exceder del 50% del valor del crédito y las costas (núm. 11 art. 681 C. P. C.), y estará a cargo del juez el ejercicio de la competencia para limitarlos a lo necesario.

La solicitud carece de uno de los requisitos de forma, “como es el de haber otorgado previamente caución, situación que no se satisface en afirmar que podrá otorgarla”.

[...]

“Ante la ausencia de caución para responder por los perjuicios que se le puedan causar al ejecutado con la práctica de las medidas cautelares, la Sala se ve relevada de estudiar los requisitos de fondo para el decreto de la medida cautelar previa[...].”³³⁶.

C

- Atendiendo el concepto de dirección técnica del proceso, si el Juez o Jueza encuentra que la solicitud de medidas cautelares previas reúne los requisitos formales y de fondo previstos en el artículo 513 del Código de Procedimiento Civil, puede, antes de resolver la solicitud, exigir al ejecutante la constitución de la garantía, toda vez que la condición es que ella se preste antes de decretarla.

De esa manera se concilian los intereses del acreedor y se protegen los derechos de ambas partes.

A

Actividad pedagógica 21

T

- Medidas cautelares: bienes inembargables, carga de la prueba.

C

- Dentro de un proceso ejecutivo propuesto por la firma ejecutante en contra de un municipio, se solicita el embargo de una cuenta corriente de la entidad pública.

El Ente territorial solicita el levantamiento de la medida cautelar, toda vez que dicha cuenta corresponde al Situado Fiscal y agrega, para el efecto certificación del Tesorero Municipal donde consta que esos dineros, consignados en la cuenta denominada Ingresos Corrientes de la Nación, provienen del Presupuesto General de la Nación.

³³⁶ Sección Tercera, Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez, treinta (30) de marzo de dos mil seis (2006), Radicación número 08001-23-31-000-2003-00452-01(31390), Actor: Ministerio de Transporte.

P
N
Sj

- ¿Es procedente el levantamiento de la medida cautelar?
- Código de Procedimiento Civil: artículos 513 y 684.
Decreto 111 de 1996, artículo 19.
- Sobre este tema ha dicho el Consejo de Estado:

“[...] La regla prevista en el artículo 19 del Decreto 111 de 1996 establece que los recursos provenientes de cesiones y participaciones a los entes territoriales son inembargables.

Los recursos del situado fiscal, que corresponden a tal concepto, solo serán pasibles de la medida cautelar, siempre y cuando el título base del recaudo ejecutivo tenga origen en un contrato estatal cuyo objeto demuestre una relación específica con las áreas de inversión social protegidas por el situado fiscal.

En el caso concreto se decretó el embargo de los dineros depositados en la cuenta corriente sobre los cuales el tesorero municipal de la entidad territorial, certificó que los recursos de la cuenta, denominada “Ingresos Corrientes de la Nación provenían del Presupuesto General de la Nación.”

La entidad territorial tenía la carga de acreditar que los recursos depositados en la cuenta corriente correspondían a la participación del Municipio en el situado fiscal, destinados exclusivamente a satisfacer las áreas prioritarias de educación preescolar, primaria, secundaria y media, y la salud en los niveles que señale la ley, con especial atención en los niños, o que estuvieren destinados específicamente a áreas prioritarias de inversión social.

Como no demostró la exacta correspondencia de los dineros depositados en dicha cuenta con los rubros presupuestales correspondiente al Situado Fiscal no es procedente levantar el embargo[...]”³³⁷.

³³⁷ Sección Tercera, Consejero ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros, marzo siete (7) de dos mil dos (2002), Radicación número 76001-23-24-000-1999-1020-01(19405), Actor: Dismond Ingenieros Limitada.

Co

- La carga de probar que determinados bienes o cuentas son inembargables corresponde a la entidad pública.

La solicitud para el desembargo de las rentas y recursos incorporados al presupuesto general de la Nación se resuelven de plano, de conformidad con el artículo 513 del Código de Procedimiento Civil.

No obstante lo dicho, atendiendo el concepto de dirección técnica del proceso y la razón de ser de la regla de inembargabilidad de los recursos y rentas incorporados al Presupuesto General de la Nación, es posible que el Juez o Jueza antes de decidir la solicitud de desembargo, de oficio pueda solicitar que se precise la certificación o la prueba aducida para acreditar la inembargabilidad.

Ap

Actividad pedagógica 22

TC

- Embargo: Bienes Fiscales
- Con la demanda ejecutiva el contratista acreedor solicita el embargo de un bien inmueble de un establecimiento público municipal.

Al momento de practicarse el secuestro se deja constancia de que la edificación se encuentra dividida en varios locales comerciales, arrendados ellos a varios comerciantes, donde funcionan una heladería, un almacén de venta de ropa, una sastrería y una fábrica de confecciones, situación que demuestran los ocupantes de los locales con la copia del contrato de arrendamiento y los recibos de pago de los cánones respectivos.

Notificado el Mandamiento de pago, la entidad municipal solicita el desembargo del bien inmueble, aportando para el efecto copia de la escritura pública de adquisición del inmueble por parte del Municipio con la finalidad de destinarlo

al funcionamiento de la Plaza de Mercado y del Acuerdo del Concejo Municipal, con copia de la respectiva escritura, mediante el cual se autorizó la transferencia del bien al ente descentralizado municipal, documentos que demuestran su calidad de bien de uso público.

P
N

- ¿Debe ordenarse el desembargo del inmueble?
- Constitución Nacional, artículos 63 y 72
Código de Procedimiento Civil, artículos 684, numeral 2
Código Civil
Ley 9ª de 1989, artículo 6.

Sj

- Sobre el particular ha manifestado el Consejo de estado:

“[...] Son bienes de dominio público el conjunto de bienes destinados al desarrollo o cumplimiento de las funciones públicas del Estado o que están afectados al uso común, tal como se desprende de los arts. 63, 82, 102 y 332 del estatuto superior[...]”³³⁸.

“[...] Dentro de la clasificación tradicional se clasifican como de uso público o fiscales[...]”³³⁹.

“[...] Los bienes de uso público son aquellos que por su naturaleza o destinación son del uso y goce de toda la comunidad.

Tienen un régimen jurídico especial, son inalienables, imprescriptibles e inembargables porque prestan un beneficio común.

En los bienes de uso público por naturaleza la titularidad del derecho no radica en ninguna agencia estatal; por su propia naturaleza —uso público universal—

³³⁸ Sección Tercera, Consejero ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros, Auto de julio cinco (5) de dos mil uno (2001), Radicación número 76001-23-31-000-1997-0143-01(18504), Actor: Clara Emilia Giraldo Ossa, Cfr. Sentencia proferida por la Sala el 16 de febrero de 2001, expediente 16596.

³³⁹ “Existen algunos bienes que no encajan dentro de esta clasificación tradicional”—“los que forman parte del patrimonio cultural, las tierras de resguardo y el espectro electromagnético”.

no pueden desafectarse y sobre ellos el Estado sólo tiene derechos de policía y Administración.

Los bienes de uso público por destinación (plazas, vías), son de propiedad del Estado y su uso se efectúa a través de todos los habitantes de la Nación; sobre ellos el Estado ejerce los mismos derechos consagrados para los particulares, aunque su ejercicio se encuentre en suspenso mientras esté afectado al uso común.

Para que los bienes públicos por destinación se desafecten a uso común se requiere autorización del Concejo Municipal, único autorizado para variar su destinación.

[...]

Los bienes fiscales son aquellos que son propiedad de los entes públicos, como cualquier propietario particular, no están por fuera del comercio y son destinados para el funcionamiento del ente público al que pertenecen o a la prestación de un servicio público.

Los bienes de uso público y los destinados a un servicio público, cuando es prestado directamente por un departamento, un distrito especial, un municipio o un establecimiento público, o por conducto de un concesionario, son inembargables.

Por regla general, “los bienes fiscales de propiedad de las entidades públicas son bienes que generalmente pueden ser afectados con las medidas cautelares de embargo, en desarrollo de los principios orientados a la efectividad de las decisiones judiciales”.

“[...] El Concejo Municipal transfirió a favor del establecimiento público municipal el dominio y la posesión del inmueble. El inmueble en la actualidad no está destinado a la prestación de un servicio público —Plaza de Mercado—.

La destinación actual no corresponde tampoco a la prestación de un servicio público a cargo del establecimiento público de manera directa o mediante concesionario.

De acuerdo con las pruebas, su uso, disposición y la utilidad perseguida no se diferencian del tratamiento que se les da a los bienes de los particulares. Está siendo explotada por particulares en beneficio propio con ocasión de los contratos de arrendamiento que reportan una prestación a cargo de los ocupantes y en favor de

la entidad pública, pero las actividades que ejercen no tienen relación con servicios públicos a cargo de las entidades estatales.

Salvo la denominación dada en la escritura pública no existe ningún elemento de juicio que permita señalar dicha destinación, pues la realidad procesal acreditó que el bien objeto de la medida cautelar simplemente es un bien fiscal[...]³⁴⁰.

C

- Lo que justifica la inembargabilidad de los bienes de las entidades estatales radica en su uso –uso público– o en la actividad material –el servicio público– al que se vincula el bien.

Cuando se trate de bienes fiscales debe tenerse en cuenta que ellos, en principio pueden ser objeto de medidas cautelares, siempre que no estén destinados directamente a la prestación de un servicio público a cargo de la administración.

En la gran mayoría de las veces el Juez o Jueza está en capacidad de determinar si el bien es de uso público por naturaleza o destinación –caso de plazas, vías públicas, playas, etc.–, para negar su embargo.

En ese orden de ideas, la carga de la prueba, en el sentido de demostrar que el bien no es de uso público, esto es que fue desafectado o cambiado de destinación, correspondería al ejecutado.

Algo semejante, respecto de la carga probatoria, podría decirse respecto de los bienes fiscales, pero dada la regla general –su embargabilidad–, será la entidad pública la que debe demostrar la excepción: Que está destinado a la prestación de un servicio público a cargo de la entidad territorial o del establecimiento público prestado de manera directa o por intermedio de un concesionario.

³⁴⁰ Cfr. Auto del 22 de febrero de 2001, Proceso No. 18503. Actor: Areneras de Dagua. Consejero Ponente doctor Alíer Eduardo Hernández E.

*Plan Integral de Formación Especializada para la Implementación
de los Módulos de Aprendizaje Autodirigido en el programa
de Juez Director del Proceso Administrativo.*