

**CONSEJO DE ESTADO****SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO****SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN "B"****Consejera Ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil doce (2012)

Proceso número: 25-000-23-26-000-1999-02147-01 (25.672)
Actor: Carlos Alberto Carvajal Salazar
Demandado: Distrito Capital
Acción: Reparación Directa

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia del 31 de julio de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, mediante la cual resolvió negar las pretensiones de la demanda (fls. 70 a 80, c. ppal 2).

I. ANTECEDENTES**1.1. LA DEMANDA**

El 10 de agosto de 1999 (fl. 9, c. ppal), el señor Carlos Alberto Carvajal Salazar presentó demanda en contra del Distrito Capital (fls. 3 a 9, c. ppal).

1.1.1. Los hechos

Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que se resume a continuación (fls. 5 y 6, c. ppal):

1.1.1.1. El actor es propietario de la fábrica de fuegos pirotécnicos Industrias Martinicas El Vaquero, situada en el municipio de Soacha, en la carrera 4 no. 6A-66 sur, con permiso del Comando General de la Fuerzas Militares y destinada a importar, fabricar y expender fuegos pirotécnicos.

1.1.1.2. El 5 de diciembre de 1997, a las dos (2) de la tarde, agentes de la SIJIN pertenecientes a la Policía Metropolitana de Bogotá, sin orden judicial, allanaron el establecimiento comercial El Palacio del Maní, de propiedad del actor, e incautaron los fuegos artificiales que encontraron en ese lugar, los cuales con posterioridad fueron destruidos por órdenes de la Alcaldesa Local de Santafé.

1.1.1.3. La actuación arbitraria e irregular de la demandada, al ingresar al establecimiento comercial sin orden judicial y ordenar la destrucción del material incautado, sin cumplir con el procedimiento policivo, generó perjuicios al actor que deben ser indemnizados.

1.1.2. Las pretensiones

Con fundamento en los anteriores hechos, el actor deprecó las siguientes pretensiones (fl. 4, c. ppal):

PRIMERA: Que se declare que Santafé de Bogotá, D.C, es administrativamente responsable del daño antijurídico irrogado al señor CARLOS ALBERTO CARVAJAL SALAZAR por causa y con ocasión de las vías de hecho en que incurrió la Administración al decomisar arbitrariamente e ilegalmente los fuegos pirotécnicos relacionados en los hechos.

SEGUNDA: Que, como consecuencia de la anterior declaración, se condene a Santafé de Bogotá, D.C, Secretaría de Gobierno, Localidad de Santafé de Bogotá a pagar a título de indemnización por daño emergente, a CARLOS ALBERTO CARVAJAL SALAZAR, la suma de CIENTO CINCUENTA Y SEIS MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA MIL (\$156.480.000) PESOS, de valor constante, desde el 5 de diciembre de 1997 hasta el momento de ejecutoria de la sentencia.

TERCERA: Que se condene a Santafé de Bogotá, Distrito Capital, Secretaría de Gobierno, Localidad de Santafé, a pagar a CARLOS ALBERTO SALAZAR CARVAJAL, a título de indemnización por lucro cesante del capital de trabajo, los intereses bancarios corrientes, o los que determine el H. Tribunal, sobre la suma de CIENTO CINCUENTA Y SEIS MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA MIL

(\$156.480.000) PESOS, de valor constante, desde el 5 de diciembre de 1997 hasta el momento de ejecutoria de la sentencia.

CUARTA: Que se condene a Santafé de Bogotá, D.C, Secretario de Gobierno, localidad de Santafé, a pagar a CARLOS ALBERTO CARVAJAL SALAZAR, a título de indemnización, por perjuicios morales, por el escarnio público a que fue sometido mi poderdante por la suma de mil gramos oro, o lo que el H. Tribunal encuentre razonable.

1.2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Distrito Capital (fls. 21 a 24, c. ppal) sostuvo que la incautación de pólvora por parte de la Policía Nacional se realizó en cumplimiento de lo dispuesto en el Acuerdo 018 de 1989 como en el Decreto distrital 791 de 1995, proferidos en su orden por el Concejo distrital y el Alcalde Mayor de la ciudad de Bogotá, mediante los cuales se reguló la venta, almacenamiento, manipulación y uso de artículos pirotécnicos, fuegos artificiales y globos, disposiciones que, además de estar amparadas por la presunción de legalidad, fueron plenamente observadas, razón por la cual no existe causa para pedir.

1.3. LOS ALEGATOS

En esta etapa, el actor señaló que el parágrafo del artículo 7 del Decreto distrital 791 de 1995 impone el cumplimiento de las normas de policía para adelantar el decomiso de fuegos pirotécnicos, las mismas que fueron pretermitidas por la demandada. Además, la Corte Constitucional en sentencia C-674 del 9 de septiembre de 1999 señaló que el decomiso definitivo por vía administrativa desconoce la reserva judicial estipulada en el artículo 34 superior, frente a los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social (fls. 63 a 66, c. ppal). La demandada, por su parte, se limitó a reiterar los argumentos de su defensa (fls. 67 y 68, c. ppal).

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia del 31 de julio de 2003 (fls. 70 a 80, c. ppal 2), el a quo, negó las pretensiones de la demanda. Para el efecto sostuvo:

1. Análisis de los cargos

Al respecto, ya se aclaró que al resolver el recurso de apelación (sentencia de acción de nulidad de los decretos 755, 791, 905 de 1995 y 120 de 1996), el H. Consejo de Estado, al estudiar el requisito de competencia del ejecutivo Distrital, para expedir los decretos sobre pólvora y demás artículos pirotécnicos, decidió que efectivamente el Alcalde tiene competencia para reglamentar en lo que al municipio interesa la fabricación, venta, uso, distribución y manipulación de los objetos de que tratan los decretos que fueron objeto de control objetivo de legalidad.

Teniendo en cuenta que existe pronunciamiento del juez natural respecto al control objetivo de legalidad y constitucionalidad de esos actos administrativos generales, que facultan a la administración para proceder a incautar artículos pirotécnicos, que en el caso bajo estudio, le fueron encontrados al actor, no es de recibo, la afirmación, en el sentido, que se realizaron en forma arbitraria, e ilegal, sin respetar los derechos del demandante, toda vez, que tal procedimiento, tiene un fundamento legal.

Observa la sala que las anteriores normas, (sic) establecieron todo un procedimiento a efectos de la entrega o denuncia de este tipo de mercancías, lo que sucede es que el decomiso y la destrucción en estos casos no dan inicio a una actuación administrativa sino que constituyen la materialización de la sanción por no cumplir con el denuncia y entrega (...).

2. Análisis de aplicación irregular de los decretos, que regulan la incautación de los artículos pirotécnicos (...).

Se quiere significar que los mencionados decretos desde el punto de vista del contenido de su regulación no desconoce (sic) normas superiores constitucionales; su aplicación comprende a todos (sic) las personas que se encontraban bajo los supuestos de las decisiones administrativas (productor, vendedor de pólvora); teniendo en cuenta la naturaleza de la labor, su ejercicio no es libre y, por ello existe una legislación restrictiva que de acuerdo con la sentencia del Consejo de Estado no fue vulnerada por estas reglamentaciones; de igual manera, en respeto de la propiedad privada, se consagró una contribución económica para la mercancía denunciada y entregada; no sobra recordar que esa medidas y compensación económica no fueron declaradas nulas (...).

2.2 Decomiso irregular de la mercancía

La parte demandante, considera que el decomiso realizado el 5 de diciembre de 1997, fue irregular, con el argumento, solamente, que la Administración, ignoró los procedimientos consagrados en las normas legales sobre asuntos de policía.

Sobre este tema, precisa la sala, que el artículo quinto del decreto 755 de 1995, autorizaba la venta de artículos pirotécnicos o fuegos artificiales para los días 7, 15, 24, 31 de diciembre de 1995; al igual que en los días 5 y 6 de enero de 1996, dentro del horario de las nueve de la mañana a las ocho de la noche.

Pero esa norma debe interpretarse en forma sistemática con el contenido de los demás artículos y específicamente con el artículo segundo que "Prohíbe totalmente la venta y el uso de pólvora o de cualquier elemento pirotécnico que contenga fósforo blanco", igualmente, el parágrafo segundo del Decreto 761 de diciembre 10 de 1995, que hace mención expresa que el contenido del mismo, no se aplica a los artículos pirotécnicos y fuegos artificiales que contengan fósforo blanco (...).

Ante la anterior situación, compete al demandante asumir su carga procesal probatoria tendiente a demostrar que lo incautado o decomisado en vigencia de los decretos 791 y 755 de 1995, no correspondía a elementos que contuvieran fósforo blanco y así probar la aplicación irregular de los decretos en mención.

Sin embargo no se demostró mediante la correspondiente prueba técnica la composición de los elementos incautados; la parte demandante si bien solicitó el decreto y práctica de un dictamen pericial, el mismo tiene como finalidad, demostrar aspectos de orden económico (...).

Ahora bien, debe la sala igualmente precisar que respecto a la vía de hecho relacionada con el ingreso de las autoridades de policía sin orden judicial al establecimiento de propiedad del demandante, ese aspecto no compromete la responsabilidad de la entidad demandada en la presente acción; de existir la misma y haberse demostrado la legitimación en la causa por pasiva correspondería a la Nación-Policía Nacional y no al Distrito Capital Santa Fe de Bogotá (fls. 77 a 80, c. ppal 2).

III. SEGUNDA INSTANCIA

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte actora interpone recurso de apelación (fls. 223 a 237, c. ppal 2). Sostiene que la incautación y

sanción consistente en la destrucción del material incautado se dieron sin ningún tipo de procedimiento, particularmente, el policivo, como lo imponía el párrafo del artículo 7 del Decreto distrital 791 de 1995, razón por la cual se desconocieron las garantías constitucionales de defensa y contradicción, siendo esa la razón para que se declare responsable de los daños causados Distrito Capital y no a la Policía Nacional. Recalcó que, de haberse agotado el procedimiento administrativo correspondiente, sería la demandada la llamada a demostrar que los elementos incautados estaban compuestos por fósforo blanco, para proceder en la forma como lo hizo y no la actora, como lo sostuvo el *a quo*; por último, aclaró que la orden de denunciar y proceder a entregar los productos pirotécnicos operó en diciembre de 1995 y no el año 1997, cuando sucedieron los hechos objeto de estudio, razón por la cual, la supuesta omisión que se advierte en la sentencia apelada no permitía a la demandada proceder en los términos enjuiciados.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1. COMPETENCIA

Esta Corporación es la competente para conocer de las sentencias dictadas en primera instancia por parte de los tribunales administrativos, como ocurre en el presente asunto, en los términos de los artículos 129.1 y 132.10 del Código Contencioso Administrativo, subrogados por el artículo 2 del Decreto 597 de 1988¹.

4.2. EL PROBLEMA JURÍDICO

¹ La cuantía del presente asunto asciende a \$156.480.000, mayor pretensión por daño emergente (fl. 4, c. ppal). En consecuencia, dado que los tribunales administrativos conocían en primera instancia para 1999, cuando se presentó la demanda (fl. 9, c. ppal), de asuntos de reparación directa con un valor superior a los \$18.850.000, es clara la competencia de esta Corporación.

El problema jurídico del presente asunto se concreta en establecer si el Distrito Capital actuó arbitrariamente en la incautación y destrucción del material pirotécnico de propiedad del señor Carlos Alberto Carvajal Salazar.

4.3. LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Con el fin de abordar integralmente la problemática que supone el recurso de apelación interpuesto, la Sala analizará la demostración del daño, toda vez que éste es el primer elemento que debe dilucidarse para establecer la responsabilidad extracontractual del Estado, de manera que resuelto el primer punto, si es del caso, se entrará a estudiar la imputación.

4.3.1. El juicio de responsabilidad

En el *sub lite*, el daño se concreta en la destrucción de elementos pirotécnicos, tomados del establecimiento de comercio de propiedad del actor, por parte del Distrito Capital-Alcaldía Local de Santafé. Al respecto, se encuentra demostrado²:

4.3.1.1. Para el 5 de diciembre de 1997, según el acta de registro voluntario del Departamento de Policía de Bacatá, a las dos (2) de la tarde, en el establecimiento de comercio del señor Carlos Alberto Carvajal Salazar ubicado en la carrera 18 no. 12-86 de la ciudad de Bogotá, fueron encontrados: "9 Bultos de pólvora culebra; 15 cajas de mecha; 77 cajas de productos Torero, Baquero y Mariposa" (fl. 19, c. 2).

² Las pruebas documentales que aquí se citan y analizan se allegaron oportunamente y en copia auténtica, razón por la cual tienen plenos efectos probatorios.

4.3.1.2. En la misma fecha, según acta³, se incautó el material descrito anteriormente. En dicho documento se consignó:

SI. PARRA BELLO ALEJANDRO, perteneciente a la SIJIN BACATÁ, y el señor CARLOS ALBERTO CARVAJAL SALAZAR, identificado con cédula 10.220.988 de Manizales, natural de Manizales, 46 años de edad, estado civil casado, estudios cuarto bachillerato, profesión industrial, residente en la Diagonal 127 No. 25-44 casa No. 5 barrio La Carolina, teléfono 2593864, con el fin que el primero de los nombrados haga la incautación al segundo de los nombrados de la mercancía "PÓLVORA" que se relacionan a continuación:

*9 BULTOS DE PÓLVORA CULEBRA
 15 CAJAS DE MECHA
 77 CAJAS DE PRODUCTOS TORERO, BAQUERO Y MARIPOSA*

La antes citada fue incautada el día 0511297 (sic), a las 14:00 horas, en carrera 18 No. 12-36 en el depósito Palacio El Maní, de propiedad del señor CARLOS ALBERTO CARVAJAL SALAZAR, quien manifestó que estos productos son de mi propiedad fabricados y producidos con materias primas importadas legalmente con permiso por el Ministerio de Defensa con la Licencia No. 025 del año 1995, vigente hasta el año 1998, y otros productos distribuidos de industrias Torero de Cali, de estos productos hay unas mercancías importadas por ALFONBAR TORERO de Cali, como son la Rosita China, mini cohete, la mini Rosita, la Metralleta, de uno por 12 por 80, el Avioncito torero, fosfórico Torero, Cohete Apolo, esperando que dicha mercancía incautada sea devuelta ya que cuento con un permiso autorizado (fl. 18, c. 2).

4.3.1.3. En la misma fecha, mediante comunicación sin número, la Alcaldesa Local de Santafé solicitó al Cuerpo Oficial de Bomberos de la ciudad de Bogotá la destrucción del material incautado (fl. 15, c. 2).

En ese orden, es claro el daño producido al actor por el decomiso y destrucción de varios productos pirotécnicos de su propiedad.

³ Es preciso aclarar que según el documento aportado por la Policía Nacional-Departamento de Policía de Bacatá-Archivo, la diligencia se habría adelantado el 5 de noviembre de 1997; sin embargo, teniendo en cuenta el acta de registro voluntario y el cruce de comunicación entre la Alcaldía Local de Santafé, la Policía Nacional y el Cuerpo de Bomberos (fls. 15 a 17, c. 2), en realidad ocurrió el 5 de diciembre de 1997.

En este estadio se impone analizar la antijuridicidad del daño y así mismo la imputación, para lo cual procede considerar si la demandada podía decomisar y destruir el material retenido, pues de no ser ello así, la sentencia de instancia habrá de revocarse.

4.3.1.4. En tal sentido, es preciso recordar que el 5 de diciembre de 1997, personal de la Policía Judicial del Departamento de Policía de Bacatá ingresó al establecimiento ubicado en la carrera 18 no. 12-86, habiendo sido atendidos por su propietario, el señor Carlos Alberto Carvajal Salazar y encontraron el material pirotécnico ya relacionado y lo retiraron del lugar, no sin antes suscribir el acta en la que se lee:

En Santafé de Bogotá, D.C., a los 5 días del mes de diciembre de mil novecientos noventa y 1997 (sic) siendo las 14:00 horas previo consentimiento del dueño morador CARLOS A. CARVAJAL SALAZAR C.C. 10.220988 de Manizales, del inmueble ubicado en la cr 18 #12-86, quien voluntariamente permitió el ingreso a su residencia, en la cual se procedió a efectuar registro, siendo hallados los siguientes elementos (los descritos al analizar el daño) (fl. 19, c. 2).

Adelantado el decomiso del material, en tanto el actor ponía de presente su propiedad y el permiso para su importación, fabricación y venta (fl. 18, c. 2), las autoridades policiales procedieron a entregar lo retenido a la Alcaldesa Local de Santafé (fls. 16 y 17, c. 2), quien a su vez ordenó al Cuerpo Oficial de Bomberos su destrucción (fl. 15, c. 2), en los términos ordenados por el Decreto distrital 791 de 1995.

De lo anterior se desprende que si bien el ingreso del personal de la diligencia fue permitido por el actor, quien no se opuso al mismo, no así el decomiso y posterior destrucción del material pirotécnico de su propiedad, como quiera que éste puso de presente que lo retirado tendría que ser devuelto, aunado a que en la demanda y en la sustentación del recurso de apelación evidenció la falta de orden judicial para proceder en tal sentido. Ahora, al respecto, la Corte Constitucional, si bien ha considerado que la

orden que el actor echó de menos no se requiere, también ha precisado que corresponde al legislador “en ejercicio de la cláusula general de competencia, artículo 150 de la Constitución y del principio democrático (...) establecer los casos en los que una autoridad administrativa puede imponer como sanción el decomiso de un determinado bien”⁴.

En ese orden, el artículo 29 del Código de Policía del Distrito Capital, Acuerdo 18 de 1989⁵, vigente para la época de los hechos, disponía:

Compete al Alcalde o a quien haga sus veces, imponer el decomiso mediante resolución motivada, en la que dispondrá que los bienes se vendan en pública subasta o se entreguen, previo recibo y formalidades de rigor a un establecimiento de asistencia pública, salvo que pertenezcan a un tercero, caso en el cual se le devolverán.

El producto de la subasta se entregará a la Tesorería Distrital. Cuando se trate de bebidas, comestibles y víveres en general que se encuentren en mal estado, la policía procederá a destruirlos en presencia de su tenedor.

Así las cosas, llama la atención a la Sala el acta de incautación de los bienes, pues si bien figura suscrita por los miembros de la SIJIN Bacatá (fl. 18, c. 2), quienes adelantaron el decomiso, se echa de menos la referencia a la previa orden para proceder en tal sentido, que no podía provenir sino del Alcalde distrital, como lo imponía la norma en cita. Omisión que no se

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-459 del 1 de junio de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En efecto, en esa oportunidad se precisó: “(...) si bien el decomiso administrativo implica la pérdida del derecho de propiedad a favor del Estado, no requiere la declaración judicial, porque esa reserva el Constituyente la impuso sólo para los eventos expresamente consagrados en el inciso segundo del artículo 34 constitucional, que hacen relación a la adquisición ilegítima del bien objeto de la extinción, mientras que en el decomiso administrativo no tiene por finalidad poner en entredicho la legitimidad de la propiedad del bien objeto de dicha medida, sino sancionar la inobservancia de una obligación legal”.

⁵ Dicho Acuerdo fue dictado por el Concejo de Bogotá en ejercicio de las facultades conferidas por el numeral 16 del artículo 13 del Decreto 3133 de 1968 que prescribía: “Además de las atribuciones conferidas por la Constitución y las leyes a los concejos municipales y en especial al de Bogotá, este tendrá las siguientes: (...) 16. Dictar los códigos para el Distrito en materia de policía, fiscal, de tránsito y transportes, de construcción y administración”.

subsana con el documento elaborado cuatro horas más tarde, acorde con el cual la Alcaldesa Local de Santafé *“procede a levantar la correspondiente acta de decomiso de la pólvora”* (fl. 16, c. 2). De manera que tanto los policiales, a través del llamado “registro voluntario”, como la funcionaria distrital, en lo que tiene que ver con la destrucción de la mercancía, procedieron arbitrariamente, en cuanto (i) aquéllos ingresaron al inmueble sin orden de la autoridad competente y procedieron a decomisar una mercancía sin permitirle al afectado conocer de antemano la razón de su ingreso y el desenlace del mismo, violando sus derechos de audiencia y contradicción y (ii) ésta en razón de que procedió a la destrucción sin adelantar el procedimiento preestablecido.

Lo primero sin que se pueda afirmar que el actor permitió el ingreso de la autoridad al establecimiento, pues si bien éste abrió las puertas, en cuanto no conoció a qué se debía la presencia de la autoridad, es dable concluir que el asentimiento para el procedimiento no se dio. Además, esta Corporación, en relación con las actuaciones, donde se compromete la inviolabilidad del domicilio, ha señalado⁶:

En consecuencia, como pudo verse en el acápite anterior, se tiene que las actividades concernientes a los fuegos artificiales y el uso de artículos pirotécnicos no se encuentran prohibidas en el ordenamiento jurídico sino que se hallan sometidas a unas condiciones de cuidado y control más rigurosas. Sin embargo, el incumplimiento de tales preceptos no constituye delito sino una infracción de tipo contravencional, tal y como lo dispone el Código Distrital de Policía en su artículo 4, al señalar que “Todo hecho u omisión que viole las disposiciones de este Código, constituye contravención de policía y el responsable será sancionado con medida correctiva, salvo en los casos de fuerza mayor, caso fortuito, orden de autoridad o enajenación mental” (...).

Nótese como en el mentado listado (se refiere a las medidas correctivas del Código de Policía) no aparece la posibilidad de realizar allanamientos o similares diligencias, situación que tampoco fue

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 21 de marzo de 2012, exp. 21.986, M.P. Hernán Andrade Rincón.

contemplada en la ley 9 de 1979 (sic) en la que se estipularon las siguientes sanciones para los infractores de sus disposiciones (...).

En cuanto a los decretos 755, 791 de 1995 y 120 de 1996, observa la Sala que en parte alguna de ellos se contempla la posibilidad de realizar allanamientos con el fin de incautar el material pirotécnico, todo lo cual lleva a la sala a concluir que ninguna de las normas que reguló lo concerniente al uso, comercialización y distribución de artefactos pirotécnicos previó la posibilidad de la violación del domicilio para efectos de hacer cumplir los mandatos en ellas previstos, previsión que resultaba armónica con la regulación de la ley penal que, en el artículo 343 del C.P.P vigente en aquella época, reguló lo concerniente al allanamiento para permitir su procedencia únicamente cuando mediara orden de funcionario judicial (...).

Ahora bien, de forma excepcional, la ley consagró casos en los cuales existe la posibilidad de realizar limitaciones a la libertad y al domicilio sin que medie de manera previa la mentada orden judicial, sin embargo dichas circunstancias se limitan únicamente a los casos de flagrancia y se autoriza únicamente a las autoridades que ejerzan funciones de policía (...).

Significa lo anterior que normativamente se encuentran taxativamente establecidas las autoridades que ejercen funciones de policía judicial, las cuales no pueden entenderse asignadas a un organismo en particular, sino a funcionarios expresamente delegados y de las entidades expresamente contempladas en la norma⁷ (...).

Esta circunstancia que –se repite– se halla debidamente acreditada en el proceso y respecto de la cual ninguna explicación satisfactoria ha sido dada por la demandada, lleva a que la Sala considere que se encuentra acreditada la falla en el servicio alegada en la demanda, pues la conducta del señor MUNEVAR CABALLERO no era constitutiva de delito, sino que se trataba de una mera contravención, visión bajo la cual, no era posible para las autoridades realizar una diligencia de allanamiento como la que en este caso se produjo. Adicionalmente a lo anterior se tiene que no existe elemento probatorio alguno que indique que se hubiera tratado de un caso de flagrancia el que diera lugar a

⁷ Cita original: Corte Constitucional Sentencia C-404/2003 en la que explicó: "Significa lo anterior, que no toda la Policía Nacional, ni todos los funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, ni todos los integrantes del cuerpo técnico de investigación de la Fiscalía General de la Nación, desempeñan funciones de policía judicial, sino sólo quienes estén específicamente capacitados para ese efecto, es decir, quienes constituyan dentro de las entidades respectivas un cuerpo especial, el de "policía judicial. Así mismo de dichos artículos se desprende que no todos los servidores de las entidades públicas que ejerzan funciones de vigilancia y control, como en el caso de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales ejercen dichas funciones sino solamente aquellos que el Director de la entidad en coordinación con el Fiscal General de la Nación determine y que en estos casos es solamente en relación con los asuntos de competencia de dichas entidades que dicha función se cumple".

semejante actuación de la demandada, sino todo lo contrario, el examen de los testimonios recaudados en el proceso permiten entender que se trató de un operativo debidamente organizado por el cuerpo policial y, finalmente, se observa que tal actuación fue realizada por agentes sobre los que no se demostró ostentaran calidad de policía judicial de conformidad con lo previsto por la norma.

Valga referir que en el precedente en cita no estaba de por medio el pretendido asentimiento del afectado, pero resulta pertinente traer a colación las consideraciones planteadas, en la medida en que se pone de relieve los eventos en cuales procede la limitación del derecho a la intimidad del domicilio; respecto del cual deviene en inane el consentimiento otorgado para el ingreso, cuando ello ocurre, de cara a las actuaciones que se siguen, las que tendrían que obedecer al cumplimiento de una orden previa, sin perjuicio de la cual la autorización del afectado nada aporta, pues sostener lo contrario equivaldría a avalar una renuncia inaceptable, en cuanto se trata de un derecho fundamental.

De suerte que la orden de registro y decomiso, con fundamento en las normas que lo permiten⁸, se echa de menos, pues, de haber contado con

⁸ En tal sentido ver: Corte Constitucional, sentencia C-176 del 14 de marzo de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Sobre el tema precisó: *"Finalmente, según criterio de la Sala, las situaciones de necesidad extrema a que hace referencia la norma acusada y que, por ello, se justifica constitucionalmente la intervención de la policía sin orden judicial previa, no requiere la autorización del morador, tal y como lo entendió el Ministerio Público en este asunto, por dos razones principales: La primera, porque la excepcionalidad que plantean todas las situaciones previstas en el artículo 83 del Decreto 1355 de 1970, requieren la rápida y urgente reacción de la policía, que en caso de que se exijan medidas previas, su intervención resultaría inane. Piénsese en un caso de incendio o de inundación que se propagan rápidamente, o en situaciones de indefensión del mismo propietario, poseedor o tenedor del inmueble, o en casos de daños producidos por animales bravos o por personas que se encuentran al interior del domicilio, o de personas inocentes que resultan agredidas por hechos producidos desde una morada (en aquellos casos en los que desde el interior de una residencia se lanzan artefactos que dañan personas o bienes de terceros). En todas esas situaciones, la autorización del morador resultaría un obstáculo para la defensa urgente de sus propios intereses. // La segunda, porque el carácter relativo del derecho a la inviolabilidad del domicilio encuentra un claro desarrollo en aquellas situaciones extremas en las que debe ceder para que las autoridades públicas se encuentren en capacidad de proteger los derechos a la vida, integridad física, a la propiedad y a la empresa de una persona. De hecho, no tendría sentido exigirle a las autoridades que cumplan el deber de proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos si no pueden acudir a su solicitud de auxilio*

ella, la policía habría podido incluso adelantar un allanamiento, es decir, ingresar aún en contra del querer del actor, de donde se colige que el supuesto asentimiento de éste nada aporta a la legalidad de la actuación. Es preciso señalar, además, que para el efecto es irrelevante determinar si se trataba de un caso de flagrancia, en la medida que se está frente a una contravención, respecto de la cual, como se dejó expuesto en la sentencia del 21 de marzo de 2012 de esta misma Sección, ya citada, no se encuentra autorizada la medida⁹, aunado a que, en todo caso, tampoco se demostró que la situación ameritaba la intervención urgente de la autoridad policial.

Ahora, si bien la actuación fue adelantada por la Policía Nacional, lo cierto es que la Alcaldía Local de Santafé recibió las mercancías decomisadas al actor, sin advertir que se actuó sin que mediara la orden pertinente. Tanto así que en lugar de proceder al reintegro de lo ilegalmente incautado dispuso su destrucción. De modo que, como lo que ha debido ocurrir no lo fue, es dable (i) concluir que el actor no tenía que soportar el daño y (ii) establecido el nexo causal proceder a declarar la responsabilidad.

(numeral 1), o si no pueden ingresar a su domicilio cuando se está destruyendo (numeral 2 y 3) o existe grave riesgo de que el titular del derecho a proteger pierda sus pertenencias (numeral 4), o cuando existen agresiones o se utiliza abusivamente la inviolabilidad del domicilio para afectar derechos de terceros (numeral 5)".

⁹ En efecto, el Código Distrital de Policía, Acuerdo 18 de 1989, en su artículo 4, señalaba que "Todo hecho u omisión que viole las disposiciones de este Código, **constituye contravención de policía y el responsable será sancionado con medida correctiva**, salvo en los casos de fuerza mayor, caso fortuito, orden de autoridad o enajenación mental" (se destaca). Entre las medidas correctivas, el artículo 16 de la citada norma disponía: 1. La amonestación en privado; 2. La represión en audiencia pública; 3. La expulsión de sitio público o abierto al público; 4. La promesa de buena conducta; 5. La promesa de residir en otra zona o barrio; 6. La prohibición de concurrir a determinados sitios públicos o abiertos al público; 7. La presentación periódica ante el Comando de Policía; 8. La retención transitoria; 9. La multa; 10. El decomiso; 11. El cierre de establecimiento; 12. La suspensión de permiso o licencia; 13. La suspensión de obra; 14. La demolición de obra; 15. La construcción de obra; 16. El trabajo en obras de interés público; 17. El arresto supletorio (fl. 23, c. 2).

Lo anterior si se considera que, además, el párrafo del artículo 7 del Decreto distrital 791 de 1991, por medio del cual se prohibió la venta de artículos pirotécnicos, fuegos artificiales y globos, así como el uso de los mismos productos en el Distrito Capital, si bien habilitaba a las autoridades distritales para su decomiso, como medida correctiva, se imponía seguir el procedimiento previsto en el artículo 449 del Código de Policía Distrital¹⁰, según lo dispuesto en el primer decreto en cita¹¹, en donde, además se estableció:

Quien venda artículos pirotécnicos, fuegos artificiales o globos incurrirá en retención transitoria hasta por veinticuatro (24) horas¹² en el decomiso del producto. Si tal venta se realiza en establecimientos comerciales de cualquier índole, así como en recintos abiertos, casetas o cualquier tipo de expendio en el Distrito Capital, se impondrá el cierre inmediato por siete (7) días por la autoridad de policía.

En la misma sanción incurrirá quien almacene dichos artículos, salvo si cuenta con permiso de la autoridad competente para producirlos (fl. 9, c. 2).

Ahora, si bien se podría afirmar que el procedimiento policivo en cuanto omite considerar el factor sorpresa que el mismo requiere para conseguir los efectos perseguidos por la norma antes transcrita¹³, empero le brinda al

¹⁰ "Se tramitarán por este procedimiento: 1. Los relacionados con la concesión de permisos o licencias de funcionamiento. // 2. Los permisos para colocación de vallas y avisos publicitarios. 3. Los permisos para rifas, clubes, bingos, juegos y apuestas. 4. Los permisos para cerramiento de lotes. 5. Los demás de naturaleza administrativa".

¹¹ Párrafo del artículo 7 del Decreto 791 de 1991 (fl. 11, c. 2).

¹² El aparte fue anulado por el Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 10 de julio de 1999, exp. 3881 y 4147, M.P. Juan Alberto Polo Figueroa.

¹³ En efecto, los artículos 451 a 454 de dicha norma disponían en su orden: "La resolución de que trata el artículo anterior, deberá notificarse personalmente al interesado dentro de los cinco (5) días siguientes a su expedición, de no ser posible se notificará por edicto por un término de diez (10) días, con inserción de la parte resolutive, remitiéndose copia del edicto al interesado a la dirección que aparezca registrada en su solicitud. // Contra la providencia que ponga fin a la actuación proceden los recursos de reposición y apelación, los cuales deberán interponerse por escrito, con expresión de los motivos de inconformidad ante el funcionario que profirió la decisión, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación personal o a la desfijación del edicto. // El recurso de apelación podrá interponerse directamente o como subsidiario del de reposición. // El

perjudicado la oportunidad de desplegar sus garantías constitucionales. Señala al respecto la Corte Constitucional¹⁴:

*Igualmente, se ha admitido el llamado **decomiso administrativo**, cuyo origen, a diferencia del penal, no está en la infracción del estatuto penal sino en la comisión de una contravención de tipo administrativo, tal como sucede en el derecho aduanero o el derecho policivo. En ese orden, su regulación no está contenida en un solo régimen sino en varios, dependiendo de su finalidad.*

A diferencia del decomiso penal como lo señala Marienhof, el fundamento del decomiso administrativo está en “infracción formal” de la norma administrativa.

No existe en la Constitución Colombiana, una norma que expresamente se refiera a esta figura (...).

El anterior recuento jurisprudencial, le permite a la Sala señalar que: i) en determinados eventos el decomiso permanente ordenado por autoridades administrativas se ajusta a la Constitución, siempre y cuando cumpla unos requisitos que se expondrán a continuación, ii) no se puede confundir o asimilar la acción de extinción de dominio que consagra el artículo 34 constitucional, con la figura del decomiso administrativo, porque si bien es cierto las dos se asemejan porque implican una limitación o pérdida del derecho de propiedad a favor del Estado sin contraprestación alguna, su naturaleza jurídica es diversa, iii) La intervención de las autoridades judiciales se debe exigir solamente para los casos de extinción del dominio que son señalados en el artículo 34 constitucional, es decir, contra los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social, pero sin que sea estrictamente necesaria cuando la limitación del derecho a la propiedad tenga otro origen, por ejemplo, la comisión de una infracción administrativa, iv) será el legislador, en ejercicio de la cláusula general de competencia, artículo 150 de la Constitución y del principio democrático, al que le corresponderá establecer los casos en los que una autoridad administrativa puede imponer como sanción el decomiso de un determinado bien, v) El decomiso administrativo no tiene por objeto sancionar la forma de adquisición del bien, como sucede con la figura de la extinción del dominio, sino la inobservancia de la norma que proscribe determinadas conductas o que impone algunas exigencias a los administrados, es decir, la inobservancia de una obligación legal, vi) esta clase de decisiones siempre serán susceptibles de ser demandadas ante

recurso de apelación se concederá en el efecto suspensivo y se resolverá de plano. Cuando se rechace el recurso de apelación procede el de queja”.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-459 del 1 de junio de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

la jurisdicción de lo contencioso administrativo, es decir, siempre la jurisdicción podrá pronunciarse a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, entre otras. Es decir, los jueces tendrán siempre la opción de decidir definitivamente sobre esta clase de sanciones. Por tanto, no se puede considerar que el que una autoridad administrativa decreta un decomiso definitivo, impida el acceso a la jurisdicción, ya que por la naturaleza administrativa de la sanción, ésta siempre podrá ser discutida ante aquella, lo que garantiza la protección del derecho a recurrir a la administración de justicia como del derecho de propiedad y, vii) a diferencia de la libertad personal, el derecho a la propiedad y sus limitaciones no está sujeto a una reserva judicial en la Constitución. En consecuencia, nada se opone a que, en determinados eventos, una autoridad administrativa, actuando de conformidad con la ley que le dé la atribución, pueda ordenar el decomiso definitivo de un bien (...).

4.6. Lo expuesto hasta este punto, le permite a la Sala concluir que: i) existen eventos en los cuales se ajusta a la Constitución el decomiso administrativo como sanción por la comisión de una infracción administrativa, ii) si bien el decomiso administrativo implica la pérdida del derecho de propiedad a favor del Estado, no requiere la declaración judicial, porque esa reserva el Constituyente la impuso sólo para los eventos expresamente consagrados en el inciso segundo del artículo 34 constitucional, que hacen relación a la adquisición ilegítima del bien objeto de la extinción, mientras que en el decomiso administrativo no tiene por finalidad poner en entredicho la legitimidad de la propiedad del bien objeto de dicha medida, sino sancionar la inobservancia de una obligación legal, y iii) tampoco se puede asimilar esta clase de decomiso a la confiscación, medida expresamente prohibida en la Constitución y que supone "el apoderamiento de todo o de parte del patrimonio de una persona por parte del Estado, sin compensación alguna", toda vez que el origen de esta figura es la infracción administrativa determinada por el legislador, mientras la confiscación carece de fundamento normativo alguno.

Lo expuesto implica que, en principio, el cargo presentado por el ciudadano Cardona González no está llamado a prosperar, por cuanto el decomiso definitivo, en determinados eventos, **sí** puede ser ordenado por las autoridades administrativas, toda vez que esta sanción no se puede asimilar a la extinción del dominio que consagra el artículo 34, inciso 2 de la Constitución, tal como fue expuesto en precedencia.

Garantías cuyo respeto se echa de menos en el presente asunto, toda vez que la Alcaldesa Local de Santafé, además de actuar por fuera de oportunidad, pues lo hizo cuando la medida ya se había materializado, sin conceder al afectado oportunidad para controvertirla, pretendió legalizar el decomiso de la mercancía tardíamente y ordenar su destrucción. En este

punto cabe precisar que el actor sostiene que la mercancía no contenía fósforo blanco¹⁵, al tiempo que demuestra que contaba con permiso del Comando General de las Fuerzas Militares para su fabricación y distribución. De suerte que se echa de menos la oportunidad para que el afectado contradijera la orden, con miras a enervar la medida de decomiso y evitar la destrucción de lo incautado, como lo permitía el artículo 2 del Decreto distrital 791 de 1995 (fl. 9, c. 2).

En ese orden, huelga advertir que si bien no está demostrado si los bienes incautados estaban o no fabricados con fosforo blanco, es decir si efectivamente debían ser retenidos; empero la omisión no puede afectar al actor, pues precisamente su derecho a contradecir la medida le fue conculcado, lo que resulta suficiente para revocar la sentencia impugnada y, en su lugar, disponer la indemnización. Aunado a que tampoco se puede atribuir al actor omisión en lo que tiene que ver con la denuncia ante la Secretaría de Gobierno, tal como lo permitía el artículo 5 del Decreto distrital 791 de 1995 (fls. 9, c. 2), puesto que la exigencia operó, en vigencia de dicha norma, hasta el 15 de diciembre de 1995¹⁶ y el operativo se llevó en 1997.

En ese orden, es claro que la Alcaldía Local de Santafé tendrá que responder por el decomiso y posterior destrucción del material pirotécnico retenido al actor, en cuanto (i) prohibió un decomiso en el que desconoció el procedimiento previo, desconociendo el debido proceso y por ende las facultades de audiencia y contradicción del actor y (ii) adelantó un

¹⁵ En efecto, la ley 9 de 1979 prohibió la fabricación de artículos pirotécnicos con fósforo blanco y detonantes que produjeran ruidos sin efectos luminosos, a la vez que estableció una serie de requisitos para las personas que manipularan y comerciaran dichos artefactos.

¹⁶ A título ilustrativo valga referir que los Decretos distritales 717 y 735 del 20 noviembre y del 4 de diciembre de 1996 extendieron tal beneficio hasta el 5 de diciembre del mismo año. Vistos en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=2440>. Consultados el 24 de octubre de 2012.

procedimiento claramente confiscatorio, dirigido a privarlo de las mercancías de manera definitiva, como quiera que dispuso su destrucción sin sujeción al procedimiento preestablecido.

En consecuencia, se procederá a indemnizar los perjuicios, en los términos que se indican a continuación.

4.3.2. La indemnización de perjuicios

El actor reclama los perjuicios morales, los cuales de entrada valga decir no están demostrados, en tanto se echan de menos elementos probatorios de los cuales se pueda deducir su causación, como lo ha previsto la jurisprudencia.

De otro lado, en cuanto al valor de los bienes incautados, es preciso señalar que, dentro del dictamen pericial ordenado por el *a quo*, los expertos evaluadores estimaron su valor en \$146.662.135 (fl. 51, c. ppal); valga precisar que si bien, inicialmente, los peritos consideraron una reducción del 45% sobre dicho valor, correspondiente al descuento que ofrecen los mayoristas y fabricantes (fl. 3, c. 3), la misma fue suprimida en la aclaración del dictamen por considerar que no había sustento para respaldarla (fl. 51, c. ppal). En consecuencia, como se trata de un experticio que cuenta con los respaldos documentales correspondientes¹⁷, además de no haber sido objetado, la Sala le otorgará plenos efectos probatorios.

En ese orden, se dispondrá que sobre dicha suma se reconozcan los intereses legales, no comerciales como lo solicitó el actor, conforme a la

¹⁷ En efecto, se allegaron varias listas de precios para 1998 de tales productos (fls. 7 a 70, c. 3).

línea jurisprudencial en el tema¹⁸, a título de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, así:

$$I = K \times R \times T$$

K: base de la liquidación: \$146.662.135

R: 6% anual: 0.5% mensual

T: meses (diciembre de 1995 a octubre de 2012)

$$I = \$146.662.135 \times 0.5\% \times 169.25$$

$$I = \$124.112.832.00$$

Por último, la suma que corresponde al daño emergente se actualizará desde enero de 1999, toda vez que los precios para calcular el monto de los elementos destruidos corresponden a los vigentes en el año de 1998 (fis. 7 a 10, c. 3), así:

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de abril de 2009, exp. 17.616; M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Allí se refiere a la sentencia del 7 de marzo de 1990, exp. 5322, donde la Sala dijo: “Ha entendido la doctrina que si un crédito reajustado en función de la depreciación sufrida entre la fecha en que se causó la obligación y el pago, se le suman intereses corrientes bancarios, se originaría un enriquecimiento sin causa, porque, esta clase de intereses incluye un ‘plus’ destinado a recomponer el capital. No se excluyen entre sí los rubros de devaluación e intereses puros puesto que tienen causas diferentes: los intereses buscan compensar el perjuicio sufrido por la privación temporal del uso del capital (lucro cesante), en tanto que la compensación por depreciación monetaria se dirige a mantener indemne el patrimonio del acreedor que sufriría menoscabo si recibiese como reparación el monto del daño originado en signo monetario envilecido (daño emergente). Se habla de intereses puros porque los bancarios corrientes llevan en su seno una parte que busca compensar la incidencia del fenómeno inflacionario. Por eso no sería equitativo evaluar y cobrar esta clase de intereses. De allí que comparte la Sala que si se realizan reajustes del crédito, el interés debe ser un interés puro exclusivamente retributivo del precio del uso del capital que es lo que ha dejado de ganar el acreedor por la falta de inversión de sus fondos excluyendo el plus del interés que tiene otra función. Toda indemnización debe ser integral y completa, de modo que compense para su acreedor el daño que se le produce con el no pago oportuno de la obligación. Así, debe comprender no sólo el rendimiento que dejó de percibir, traducido ordinariamente en intereses, sino también la pérdida del valor adquisitivo de la moneda con la que pretende pagar. En este orden de ideas el equilibrio o la justeza de la indemnización debe mostrar ésta o similar ecuación: indemnización debida igual a deuda en la fecha del perjuicio, más intereses hasta que el pago se efectúe, más devaluación”.

Reparación Directa – Expediente 25.672
 Actor: Carlos Alberto Carvajal Salazar
 Demandado: Distrito Capital
 Revoca fallo de primera instancia – Accede pretensiones

$$\begin{array}{rcl} \$146.662.135 \times & 111,69 & = \$359.857.071.00 \\ & 45.52 & \end{array}$$

La indemnización total corresponderá a \$483.969.903.00.

Por último, como la conducta de las partes no puede catalogarse como abiertamente temeraria, sino el ejercicio del derecho de acceso a la justicia y de defensa, se impone negar la condena en costas.

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

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 31 de julio de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A.

SEGUNDO: DECLARAR la responsabilidad extracontractual del Distrito Capital, en los términos de la parte considerativa de esta sentencia.

TERCERO: En consecuencia de la anterior declaración, **CONDENAR** al Distrito Capital a pagar al señor Carlos Alberto Carvajal Salazar, por daño emergente y lucro cesante, la suma de cuatrocientos ochenta y tres millones novecientos sesenta y nueve mil novecientos tres pesos (\$483.969.903) moneda corriente.

CUARTO: Dese cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo y 115 del Código de Procedimiento Civil.

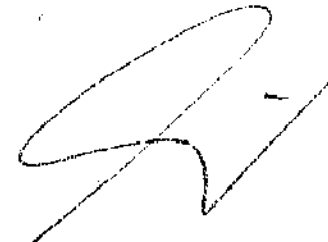
Reparación Directa - Expediente 25.672
Actor: Carlos Alberto Carvajal Salazar
Demandado: Distrito Capital
Revoca fallo de primera instancia - Accede pretensiones

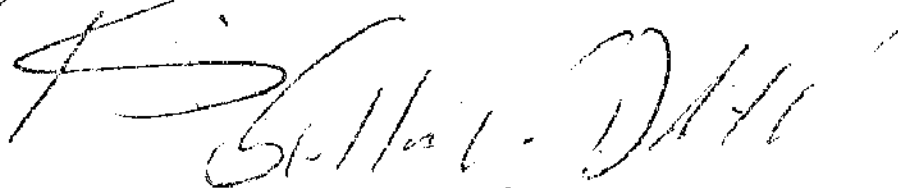
QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: SIN COSTAS en la presente instancia, pues no aparecen probadas.

SÉPTIMO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** la actuación al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE


DANILO ROJAS BETANCOURTH
Presidente


STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Magistrada